Der Schutz des Kunden
im Konkurs des sogen. Lokalbankiers vornehmlich nach dem Depotgesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
vorgelegt

von

Rudolf Bilfinger

Justizreferendar
aus Eschenbach OA. Göppingen.

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen
1933.

Dekan: Prof. Dr. Stoll.

Referent: Prof. Dr. Schönfeld.

Angenommen: 29. Juli 1932

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinem Vater.

Uebersicht.

Seite

Literaturverzeichnis 6

Einleitung 9

I. Der Depotvertrag.

§ 1 Rechtliche Natur und Entstehung 9

§ 2 Kommission — Selbsteintritt — Eigenhandel 12

II. Lokalbankier — Zentralbankier.

A. § 3 Anwendungsgebiet des Depotgesetzes insbesondere des § 8 15

§ 4 Depositum irregulare (Stückekonto) und § 8 Depotgesetz 19

§ 5 Das Sammeldepot und § 8 Depotgesetz 21

§ 6 Wegfall der Mitteilungspflicht durch Verzicht 23

§ 7 Die Form der Mitteilung 24

B. Die Wirkung der Fremdmitteilung 24

1. Die einzelnen Rechte des Zentralbankiers, die ohne Mitteilung entstehen würden 24

§ 8 Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs 24

§ 9 Das vertragliche allgemeine Pfandrecht 25

§ 10 Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht 26

§ 11 Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. 27

2.

§ 12 Die Beschränkung der Rechte des Zentralbankiers durch die Fremdmitteilung 28

3. Die Entstehung von Rechten des Zentralbankiers über den Rahmen des § 8 Abs. 2 hinaus 29

§ 13 Das Kontokorrentverhältnis 29

§ 14 § 8 Depotgesetz und der gute Glaube 30

III.

§ 15 Die Stellung der Praxis zum Depotgesetz 34

IV. Der Einfluß der veränderten Praxis auf andere Schutzbestimmungen durch Selbsteintritt und Eigenhandel.

§ 16 Die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses . 36

§ 17 Das Konkursvorrecht des § 7 a Depotgesetz 40

§ 18 Das Aussonderungsrecht des Kommittenten nach § 392 Abs. 2 HGB. 45

V. Die Auswirkung der Schutzbestimmungen im Konkurs des Lokalbankiers.

§ 19 Verkaufskommission 47

§ 20 Einkaufskommission 51

§ 21 Verwahrungs- und Umtauschkommission 54

VI. Schluß.

§ 22 Die Ursache der geringen Wirkung der Schutzbestimmungen des Depotgesetzes, Vorschlag zur Abhilfe . . . 55

Anhang 59

Uebersicht über das benützte Schrifttum.

Adler, Paul, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite, 1905.

Ascher, Bernhard, Die Rechtsgrundlagen des stückelosen Effektenverkehrs, Diss. Bonn 1927.

Bansa, Gottlieb, Die Bankdepotgeschäfte des Effektenkommissionärs, Diss. Marburg 1910.

Baumgarten, Alfred, Sonderfragen aus dem Depotrecht, Diss. Erlangen 1927.

Breit, James, Anhang zum Kommentar des Börsengesetzes, 1909. Die Mitteilungspflicht nach § 8 Depotgesetz und der gute Glaube, abgedr. Leipz. Zt. 1910, S. 11. Das Kundeneffektengeschäft, Leipz. Zt. 1907, S. 799.

Beyer, Erich, Bedingt der Effektenlieferungsverkehr eine Schlechterstellung des Depotkunden?, Diss. Königsberg 1928.

Bonn, P., Reichsgericht und Bankdepotgesetz, Bankarchiv 9, S. 238.

Drost, Rudolf, Das Depotgesetz vom 5. Juli 1896 in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Jena 1920.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Sachenrecht) Band 3, 1932.

Fromm, Walter, § 8 des Bankdepotgesetzes. 1914.

Göckeler, Richard, Das Wesen des Kontokorrents, Diss. Tübingen 1930.

Haußmann, Fritz, Die Rechtstellung des Kunden der Provinzbank gegenüber dem Zentralbankier, Holdheim's Monatsschrift 1913, Band 22.

Jäger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl. 1931. — Neuerungen in der Ordnung des Konkurses. Zt. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 49.

Koch, Arwed, Die allgem. Geschäftsbedingungen der Banken, 1932.

Lampe, Siegfried, Die auf Grund von Kommissionsgeschäften entstehenden Bankdepotgeschäfte, Diss. Leipzig 1908.

Lusensky, F., Kommentar zum Depotgesetz, 4. Aufl.

Mentzel, Franz, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 3. Aufl. 1928.

Müller, Alexander, Die Mitteilungspflicht nach § 8 des Depotgesetzes und der gute Glaube, Diss. Heidelberg 1912.

Metze, A., Das Giroeffektendepot, Zt. f. d. gesamte Handelsrecht, Band 90, S. 383, Bd. 91, S. 3.

Nithack, Karl, Zentralbankier und Lokalbankier, 1910.

Nußbaum, Arthur, Börsengeschäfte, in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band IV, 2 1918. — Beiträge zur Auslegung des Bankdepotgesetzes, Leipz. Zt. 1911, S. 894.

Opitz und Schultz, Effektengiroverkehr und Sammeldepot, Jurist. Wochenschrift 1926, S. 473, S. 666.

Petzke, Hermann, Der Einfluß des Konkurses des Ein- und Verkaufskommissionärs auf das Kommissionsverhältnis. 1930.

Riesser-Bernstein, Das Bankdepotgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 1928.

Rumpf, Max, Wirtschaftrechtliche Vertrauensgeschäfte, Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 119, S. 1. 1921.

Ruth, Rudolf, Das Depotgesetz und seine Reform, 1930.
Ruthe, Wilhelm, Das Effektenkommissionsgeschäft, 1918.
Sacks, Waldemar, Die Fremdanzeige nach § 8 des Depotgesetzes, 1916.
Schlechtriem, Helmut, Effektenkommissionsgeschäft und Properhandel, 1930.
Schmidt-Rimpler, Walter, Das Kommissionsgeschäft, in Ehrenberg's Handbuch für das gesamte Handelsrecht, Band 5, 1. Hälfte 1, 1928, S. 477 ff.
Schneebalg, Felix, Das Pfandrecht der Banken nach dem HGB. und den Geschäftsbedingungen, Diss. Heidelberg 1927.
Schumann, Georg, Bankverwahrung und Konkurs nach der neuesten Gestaltung des Depotgesetzes, 1926.
Schütz, Wilhelm, Änderungen des Depotgesetzes und der Eigentumsvorbehalt, Bankarchiv Bd. 23, S. 128. 1923/24.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Aufl. 1927.
Stenglein's Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, Bd. 2, 5. Aufl. 1932.
Wehl, A., Die rechtlichen Grundlagen des Effektengiroverkehrs, Bankarchiv Bd. 26, S. 119. 1926/27.
Weisbart, J., Die Beleihung der vom Bankier weitergegebenen fremden Wertpapiere, Bankarchiv 1914, S. 128.
v. Werthern, Hans, Die Rechtstellung des Kommittenten im Konkurs des Einkaufs- bzw. Verkaufskommissionärs, Diss. Leipzig 1906.
Wolff, Martin, Gegenstände des Handelsrechts, die Ware in Ehrenberg's Handbuch für das gesamte Handelsrecht, Bd. 4, 1. 1917 .
Wollstein, Die rechtliche Natur des Eigentumsübergangs durch Absendung des Stückeverzeichnisses, 1921.

Einleitung.

Der im Jahr 1891 erfolgte Zusammenbruch mehrerer Berliner Banken und die dabei zu Tage getretenen Mißstände im Bankdepotwesen haben die Schaffung des „Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere“ vom 5. Juli 1896 (Dep.Ges.) veranlaßt. Die heutige ungeheure Wirtschaftskrise hat besonders die Deutschen Banken in Mitleidenschaft gezogen. Zahlreiche große und kleine Banken mußten in der letzten Zeit ihre Zahlungen einstellen. Deshalb ist es heute mehr denn je am Platze, die Wirksamkeit der dem Schutz des Bankkunden dienenden gesetzlichen Bestimmungen zu untersuchen.

Solange das Vermögen einer Bank unversehrt ist und dem Kunden ausreichenden Schutz gewährt, kümmert sich dieser im allgemeinen wenig um seine augenblickliche rechtliche Stellung der Bank gegenüber. Diese tritt auch gar nicht in Erscheinung, solange die Bank ihren Verpflichtungen nachkommt. Erst im Konkurs der Bank zeigt es sich, ob der Kunde seine durch die Bank verwahrten Wertpapiere ohne Verlust bekommen kann. Der Zweck dieser Abhandlung ist nun, die Stellung des Kunden im Bankdepotgeschäft zu untersuchen und die Wirksamkeit der seinen Schutz bezweckenden gesetzlichen Bestimmungen im Konkurs der Bank festzustellen. Die Abhandlung soll sich insbesondere mit der Stellung des Kunden eines nicht an einem Börsenplatze wohnenden Bankiers (sog. Lokalbankier) befassen, weil hier, wie wir sehen werden, die dem Kunden drohenden Gefahren besonders große sind.

I. Der Depotvertrag.

§ 1.

Rechtliche Natur und Entstehung.

Der Depotvertrag ist der mit einem Bankier als Verwahrer abgeschlossene Verwahrungsvertrag über Wertpapiere im weitesten Sinn. Die Wertpapiere werden dem Bankier entweder unverschlossen (offenes Depot) oder verschlossen in einer Umhüllung übergeben, zu deren Öffnung der Verwahrer ohne Zustimmung des Hinterlegers nicht berechtigt ist (verschlossenes Depot). Beim verschlossenen Depot handelt es sich um einen gewöhnlichen Ver-

wahrungsvertrag, der keine besonderen Schwierigkeiten bietet, auf den sich das Depotgesetz nicht erstreckt und auf den auch hier nicht eingegangen wird.

Das offene Depot kann ein sog. regelmäßiges (depositum regulare) oder ein unregelmäßiges Depot (depositum irregulare) sein. Beim regelmäßigen Depot hat der verwahrende Bankier die Verpflichtung, die ihm übergebenen Papiere für den Hinterleger aufzubewahren und genau dieselben Stücke nach Beendigung des Vertrages zurückzugeben. Der Hinterleger bleibt Eigentümer der hinterlegten Papiere und hat im Konkurs des Bankiers ein Aussonderungsrecht.

Bei vertretbaren Papieren kann die Hinterlegung auch in der Form des dep. irreg. erfolgen. Hier ist der Bankier nur zur Rückgabe von Wertpapieren gleicher Menge und Art verpflichtet, er kann über die empfangenen Stücke verfügen und sich diese aneignen. Nach § 700 BGB. finden auf diese Verwahrungsart, sobald der Bankier Eigentümer geworden ist, die Vorschriften über das Darlehen Anwendung. Der Kunde verliert sein Eigentum und hat lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgabe von Papieren gleicher Art, Güte und Menge.

Zwischen diesen beiden Arten des offenen Depots gibt es noch verschiedene Zwischenstufen, insbesondere das Sammeldepot und das Tauschdepot auf deren rechtliche Struktur unten noch näher eingegangen wird.

Der Entstehung solcher Depotverträge können die verschiedensten wirtschaftlichen Vorgänge zugrunde liegen. Der einfachste Fall ist der, daß der Kunde die Wertpapiere dem Bankier zur Verwahrung übergibt und mit diesem einen entsprechenden Verwahrungsvertrag abschließt. Der Vertragsschluß vollzieht sich gewöhnlich so, daß der Bankier die Papiere entgegennimmt und der Kunde die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bankiers ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt. Es entspricht der Übung im Bankverkehr, daß die bei Beginn der Geschäftsverbindung vereinbarten „allgemeinen Geschäftsbedingungen" kraft dieser Vereinbarung Vertragsinhalt der einzelnen künftigen Abschlüsse werden, sofern nicht für diese etwas anderes besonders verabredet wird (RG.L.Z. 1910/619). Die Anerkennung erfolgt in der Regel in Schriftform, sie kann aber auch formlos mündlich geschehen. Kennt der Kunde die Bedingungen, nimmt er sie stillschweigend hin und tritt in Geschäftsbeziehungen zu der Bank, so liegt darin die stillschweigende Anerkennung. Hat der Kunde die Bedingungen erhalten, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er sie nicht gelesen habe. Dieser Grundsatz vom „Kennenmüssen" gilt auch dann, wenn die Bedingungen dem Kunden nicht übergeben worden sind und er auch von dem Bestehen derselben keine Kenntnis hatte, denn bei den Banken ist das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen, die kraft stillschweigender Unterwerfung maßgeblich sind, allgemein bekannt. Wer heute mit einer Bank in Geschäftsverbindung tritt, muß sich über das Bestehen solcher Bedingungen im klaren sein (RG. 112/258) und wenn er sie kennen lernen will, muß er sich dieselben eben vorlegen lassen[1]).

[1]) Vgl. für das Vorstehende insbes. Koch, S. 21 u. ffe.

Häufig ist mit der Hingabe von Wertpapieren ein Auftrag zur Verwaltung derselben, zur Einziehung von Zinsen und Dividenden und ähnl. verbunden [2]). Die Wertpapiere werden dem Bankier vielfach auch als Pfand für bestehende oder künftige Forderungen übergeben.

In sehr zahlreichen Fällen werden die Papiere nicht vom Kunden dem Bankier übergeben, es geht vielmehr ein Anschaffungsgeschäft voraus. Der Bankier schafft die Papiere im Auftrag des Kunden an und übernimmt sie dann für ihn in Verwahrung. Dieser anschließende Verwahrungsvertrag wird gewöhnlich nicht besonders vereinbart, sondern schließt sich stillschweigend an das vorausgehende Anschaffungsgeschäft auf Grund der allgemeinen Geschäftsbedingungen an. Auch das Veräußerungsgeschäft kann zur Entstehung eines Depotverhältnisses führen, das aber in der Regel nur von kurzer Dauer ist. Weiterhin kann ein Depotverhältnis entstehen aus Anlaß des Umtausches von Wertpapieren oder des Bezugs von neuen Papieren.

Für den Kunden ist weniger die Art der Entstehung seines Depots von Wichtigkeit, als vielmehr die rechtliche Natur desselben. Auf die Entstehungsart ist aber trotzdem näher einzugehen, weil vielfach gerade davon die Art des entstehenden Verwahrungsverhältnisses abhängt. Die Stellung des Kunden ist am unsichersten und unklarsten bei dem im Zusammenhang mit sog. Kommissionsgeschäften entstehenden Bankdepot. Da außerdem nach der Erfahrung des täglichen Lebens der größte Teil der Wertpapierdepots aus solchen Kommissionsverhältnissen entsteht, soll besonders auf diese Zusammenhänge eingegangen werden.

Es sind besonders drei Fälle von Kommissionsverträgen zu unterscheiden:

1. Eine Einkaufskommission liegt vor, wenn ein Kunde den Bankier als Kommissionär beauftragt, Wertpapiere für ihn in eigenem Namen zu kaufen. Nach Ausführung des Auftrags nimmt der Bankier meist die angeschafften Papiere für den Kunden in Verwahrung.

2. Bei der Verkaufskommission verkauft der Bankier Wertpapiere für Rechnung des Kunden ebenfalls in eigenem Namen. Der Kunde übergibt die Papiere dem Bankier vielfach schon, ehe sie verkauft sind und dieser nimmt sie bis zum Verkauf in Verwahrung.

In beiden Fällen hat der Bankier die Wahl, ob er die Kommission durch Weitergabe des Auftrags an einen Dritten oder durch Selbsteintritt gemäß § 400 HGB. ausführen will.

3. Eine besondere Art des Kommissionsvertrags ist die Umtauschkommission, bei welcher der Bankier beauftragt ist, Wertpapiere des Kunden gegen andere umzutauschen.

Bei Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäften kann der Bankier dem Kunden gegenüber außerdem grundsätzlich immer als Verkäufer oder Käufer, nicht als Kommissionär auftreten.

Die rechtliche Stellung des Kunden ist, wie später aufgezeigt werden wird, in den einzelnen Fällen so verschieden, daß es für ihn sehr wesentlich ist,

[2]) Riesser, S. 53 u. ffe., Koch, S. 113 ffe., Adler, S. 26.

festzustellen, welche Vertragsart im Einzelfall vorliegt. Das Depotgesetz und das Handelsgesetzbuch enthalten verschiedene Schutzbestimmungen zu Gunsten des Kunden, die aber, wie wir später sehen werden, nicht gleichmäßig auf alle Effektenanschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte Anwendung finden.

§ 2.

Kommission — Selbsteintritt — Eigenhandel.

Für die Unterscheidung, ob im Einzelfall ein Kaufvertrag oder ein Kommissionsvertrag vorliegt, ist in erster Linie der in den betreffenden Verträgen zum Ausdruck gekommene Wille der Parteien maßgebend. Danach wäre die Unterscheidung leicht vorzunehmen, wenn die Parteien sich stets klarer und eindeutiger Bezeichnungen bedienen würden. Das ist aber nicht regelmäßig der Fall. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, daß diese Verträge vielfach nicht ausdrücklich geschlossen und formuliert, sondern in der Regel formularmäßig abgeschlossen werden. Nach den Grundbegriffen des Kaufs und der Kommission kommt es auf den übereinstimmenden Willen der Parteien an, ob der Bankier dem Kunden als gewöhnlicher Käufer oder Verkäufer gegenüberstehen soll und ob der Vertrag geschlossen werden soll, unabhängig davon, wie der Bankier sich selbst in die Lage versetzt, seinen Lieferungsverpflichtungen nachkommen zu können. Da ein Kaufvertrag auch über Gegenstände abgeschlossen werden kann, über die der Verkäufer noch nicht verfügen kann, so spielt es keine Rolle, ob der Bankier die Papiere aus bereits vorhandenen Beständen liefern oder ob er sich solche erst beschaffen will. Ebenso ist es bei dem Verkauf unerheblich, ob der Bankier die Papiere erwirbt, um sie zu behalten oder ob er sie sofort weiterveräußert. Ein Erfordernis des Kaufvertrags ist die Vereinbarung eines Kaufpreises. Wird ein fester Preis vereinbart, so liegt in der Regel ein Kaufvertrag vor [3]). Nun ist es aber nicht erforderlich, daß der Kaufpreis bereits bei Vertragsabschluß festgelegt wird; dies kann dem Bankier sowohl als Käufer, wie als Verkäufer überlassen sein. Es ist auch möglich, als Kaufpreis den Börsenpreis eines bestimmten Tages zu vereinbaren, zuzügl. eines Zuschlags, wobei es belanglos ist, wie dieser Zuschlag genannt wird, er kann auch als Provision bezeichnet werden, wodurch äußerlich eine weitgehende Annäherung an die Formen des Kommissionsgeschäfts erreicht werden kann. Auf der anderen Seite aber kann trotz Bestimmung eines festen Preises ein Kommissionsgeschäft vorliegen, wenn nämlich die Parteien einig sind, daß der Bankier den Kommissionsauftrag weitergeben soll, er aber den Differenzbetrag für sich behalten darf, um den er die Kommission günstiger ausführt, also eine Entbindung von den Vorschriften des § 387 HGB. [4]).

[3]) Vgl. dazu Schmidt-Rimpler, S. 509 u. ffe. Koch, S. 79, Staub § 383 Anm. 9.
[4]) Schmidt-Rimpler, S. 511 u. ffe.

Man darf bei Beurteilung eines solchen Vertrages nicht eine einzelne Abmachung herausgreifen, die auf das Vorliegen dieser oder jener Vertragsart hindeutet, sondern muß das gesamte Geschäftsverhältnis der Parteien berücksichtigen. Das gilt insbesondere für die Beurteilung der in den Geschäftsbedingungen und Formularen der Banken enthaltenen Klauseln. Eine Klausel, nach der alle Geschäfte als Eigenhandelsgeschäfte abgeschlossen werden, auch wenn sie als Auftrag oder Kommission bezeichnet werden, hat einem geschäftsunkundigen Kunden gegenüber, der nicht ausdrücklich über die Bedeutung der Klausel belehrt ist, keine Wirkung, wenn es sich um einen Auftrag über amtlich notierte Papiere handelt. Eine solche unzulässige Eigenhandelsklausel ist aber nicht völlig wirkungslos, sondern kann die Bedeutung einer Erklärung, die Kommission durch Selbsteintritt ausführen zu wollen, beanspruchen [5]). Nach allgemeiner Verkehrssitte werden Aufträge über amtlich notierte Papiere durch Selbsteintritt und Aufträge über nicht notierte Papiere im Eigenhandel ausgeführt. Soll nun von dieser Übung abgewichen werden, so bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung, dann ist nicht die Verkehrssitte, sondern die Vereinbarung maßgebend. Liegt aber keine ausdrücklich vereinbarte Abweichung von der Verkehrssitte vor, dann ist die Eigenhandelsklausel so zu verstehen, wie es der tatsächlichen Übung bei solchen Geschäften entspricht. Die allgemeine Eigenhandelsklausel hat also nur dann Geltung, wenn sie von einem Kunden anerkannt ist, der sich hiebei der Abweichung von der allgemeinen Übung bewußt ist, denn auch in amtlich notierten Werten können grundsätzlich Eigenhandelsgeschäfte geschlossen werden.

Dagegen behält diese Klausel Gültigkeit bei amtlich nicht notierten Werten; denn Geschäfte in solchen werden nach allgemeiner Verkehrssitte als Eigenhandelsgeschäfte abgeschlossen.

Hier hat der Kunde auch ohnehin nicht den ihm durch die Veröffentlichung der amtlichen Kursnotierungen gewährten Schutz gegen Übervorteilung durch den Bankier. Sehr schwierig ist die Abgrenzung der durch Selbsteintritt ausgeführten Kommissionsgeschäfte gegen die durch Weitergabe ausgeführte Kommission einerseits und die Eigenhandelsgeschäfte andererseits. Wenn ein Bankier bei einem Kommissionsauftrag selbst eintreten will, muß er dies erklären; ohne Erklärung kein Selbsteintritt. Eine Form für diese Erklärung ist nicht vorgeschrieben, sie kann daher auch formularmäßig und auch in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für alle zukünftigen Geschäfte erfolgen. Jedoch genügt eine solche generelle Abmachung für sich allein nicht. Der Selbsteintritt ist nicht schon mit der Erteilung des Auftrags oder dem stillschweigenden Entschluß des Bankiers vollzogen, es muß noch eine Ausführungsanzeige hinzukommen, es sei denn, daß auf eine solche ebenfalls verzichtet wird. § 400/1 HGB. gibt das Recht des Selbsteintritts nur bei solchen Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird und der Kommittent nichts abweichendes bestimmt hat. Das schließt

[5]) Nußbaum Handb., S. 592, RG. 114/9.

aber nicht aus, daß formularmäßig ein weitergehendes Selbsteintrittsrecht vereinbart wird, also auch für amtlich nicht notierte Werte [6]).

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Selbsteintritt und Eigenhandel gilt das oben ausgeführte, nur ist in diesem Fall die Unterscheidung noch schwieriger, da die Ähnlichkeit der beiden Institute hier sowohl äußerlich als auch nach der rechtlichen Struktur eine noch viel größere ist. Bestehen Zweifel, ob Kommission oder Eigenhandel, so muß beim Auftrag eines Privatmannes, der in dem Bankier seinen Vertrauensmann sieht, dem er die Wahrnehmung seiner Interessen bei Abwicklung des Geschäfts übertragen hat, ein Kommissionsvertrag angenommen werden, wenn nicht besondere Umstände auf eine von der üblichen abweichenden Gestaltung der Geschäftsbeziehungen schließen lassen [7]). Bei amtlich notierten Werten besteht eine Vermutung für das Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts, während bei amtlich nicht notierten Werten ein Eigenhandelsgeschäft vermutet wird [8]), da nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken die Effektengeschäfte im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb stets in diesen Formen abgeschlossen werden und etwas anderes nur gilt, wenn es besonders vereinbart ist [9]).

Schmidt-Rimpler a. a. O. will die Eigenhandelsvermutung bei nicht notierten Werten nicht ohne weiteres gelten lassen, wenn der Auftrag von einer Person ausgeht, der man keine Kenntnis des Effektenverkehrs zutrauen kann. Die Person des Kunden ist in zweifelhaften Fällen allerdings auch in Betracht zu ziehen, da es (wie oben ausgeführt) auf die gesamten Beziehungen des Bankiers zum Kunden ankommt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß es für die Unterscheidung grundsätzlich darauf ankommt, ob ein fester Preis vereinbart ist, der unabhängig ist von dem bei einem etwaigen Deckungsgeschäft des Bankiers erzielten. Wenn der Bankier dem Kunden die Wertpapiere abnimmt oder verkauft, ohne ein Deckungsgeschäft abzuschließen, sie also für seinen eigenen Bestand übernimmt oder aus eigenem Bestand liefert, liegt regelmäßig ein Eigenhandelsgeschäft vor [10]). Das ist vor allem der Fall bei sog. Kassageschäften, bei denen sofortige Übergabe der Papiere Zug um Zug gegen Bezahlung erfolgt.

Auf der anderen Seite besteht regelmäßig ein Kommissionsgeschäft, wenn der Kaufpreis von dem Deckungsgeschäft abhängig ist und der Bankier eine Provision erhält.

II. Lokalbankier — Zentralbankier.

Die Natur des Effektenhandels, der auf die Börsenplätze konzentriert ist, bringt es mit sich, daß der Bankier, der nicht am Börsenplatz seinen Sitz

[6]) Schmidt-Rimpler, S. 1001 u. f.
[7]) RG. 114/9.
[8]) Riesser, S. 168, Staub § 383 Anm. 9a, Schmidt-Rimpler, S. 513.
[9]) Riesser a. a. O., Schmidt-Rimpler a. a. O.
[10]) Koch, S. 79.

hat (Lokalbankier), sich zur Ausführung der Aufträge seiner Kunden der Vermittlung eines Bankiers am Börsenplatz (Zentralbankier) bedienen muß, mit dem er in dauernder Geschäftsbeziehung steht. Die Stellung des Lokalbankiers ist dabei eine zweiseitige: er ist je nach dem Verkäufer und gleichzeitig Käufer oder Kommissionär und gleichzeitig dem Zentralbankier gegenüber Kommittent. Diese Doppelstellung des Lokalbankiers kann für den Kunden sehr leicht gefährlich werden. In der Begründung zum Entwurf des Depotgesetzes Seite 40 heißt es:

„Die Bankiers der Hauptplätze haben nun gegenüber den Provinzialbankiers wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften an dem gesamten in ihren Besitz gelangenden Kommisisonsgut ein gesetzliches Pfandrecht. Vertragsmäßig pflegt das Pfandrecht dahin erweitert zu werden, daß es sämtliche in den Besitz des größeren Bankiers gelangenden Effekten umfaßt und daß die Effekten für alle seine Ansprüche gegen den Provinzialbankier haften . . . Bei den Kommissionsgeschäften, die im Verkehr der Bankiers untereinander vornehmlich in Betracht kommen, tritt der Provinzialbankier als Kommissionär seines Kunden, kraft Gesetzes, im eigenen Namen auf. Insbesondere die Wertpapiere, welche er dem hauptstädtischen Bankier zum Zwecke des Verkaufs, des Umtausches oder der Geltendmachung von Bezugsrechten übersendet, unterliegen diesem Pfandrecht . . . Auf diese Weise werden die Wertpapiere des Publikums der Provinzen dem Pfandrecht des großstädtischen Bankiers zur Sicherung von Forderungen verhaftet, die diese dem Provinzialbankier gegenüber haben."

Zur Abwendung dieser Gefahren hat das Depotgesetz in § 8 bestimmt:

„Ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art einem Dritten zum Zweck der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hat hierbei dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde seien. Ebenso hat er in dem Falle, daß er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe.

Der Dritte, welcher eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neubeschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind."

Diese Bestimmung erhält ihren Nachdruck durch die Strafbestimmung des § 9 Abs. 2 wonach mit Gefängnis bis zu einem Jahr und Geldstrafe oder mit einer dieser beiden Strafen bestraft wird, wer der Vorschrift des § 8 zu eigenem Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten vorsätzlich zuwiderhandelt.

§ 3.

A. Anwendungsgebiet des Depotgesetzes, insbesondere des § 8.

Ehe auf die Wirkung der Bestimmungen des § 8 näher eingegangen werden kann, ist das Geltungsgebiet des Depotgesetzes im Allgemeinen und des § 8 im Besonderen abzugrenzen. Dieses Anwendungsgebiet wird vom Gesetz nach drei Gesichtspunkten bestimmt:

1. Subjektiv, nach Art der Person, welche das Geschäft ausführt,
2. Objektiv, nach Art des Geschäftsgegenstandes,
3. Modal, nach Art des Geschäftsinhaltes.

1. § 1 und § 8 Dep.Ges. legen die dort genannten Pflichten nur dem Kaufmann, und zwar nach § 13 Dep.Ges. nur dem Vollkaufmann auf. Das Depotgesetz findet demnach nicht nur auf eigentliche Bankiers Anwendung, sondern auf alle Vollkaufleute. Ein Bankier ist jedoch immer Vollkaufmann; wer aber im Einzelfall Bankier ist, d. h. Bankier- und Geldwechselgeschäfte betreibt, § 1 Abs. 2 HGB., wird nicht durch das Gesetz, sondern durch die Verkehrssitte bestimmt.

Sehr bestritten ist, ob auch die Sparkassen Kaufmannseigenschaft haben und damit dem Depotgesetz unterstehen.

Während die öffentlichen Sparkassen sich früher im wesentlichen auf das Depositengeschäft beschränkten, haben sie in den letzten Jahren immer mehr auch alle eigentlichen Bankiersgeschäfte (Effektenkommissionsgeschäfte u. a.) aufgenommen. Nach § 1 HGB. ist das Bankiergeschäft ein sog. Grundhandelsgeschäft, das Kaufmannseigenschaft ipso jure verleiht, wenn es gewerbsmäßig, d. h. mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben wird. Ist nun der Betrieb einer Sparkasse, die Bankiersgeschäfte betreibt, auf die Erzielung von Überschüssen gerichtet, so kommt es nicht darauf an, ob der Endzweck des Unternehmens ein gemeinnütziger Zweck ist, es genügt, daß tatsächlich regelmäßig Überschüsse erzielt werden sollen [11]).

2. Hinsichtlich der Objekte verweist § 8 auf § 1, ebenso verweisen darauf die §§ 2, 3, 5, 7 a, 8, 9. § 1 zählt eine Reihe von Papieren auf, nämlich: Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen, und fügt in einer Generalklausel „alle vertretbaren anderen Wertpapiere" hinzu, mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld sowie von Schatzanweisungen der wertbeständigen Anleihen des deutschen Reichs ohne Zinsscheine und von Rentenbankscheinen. Für die einzeln aufgeführten Papiere ist es gleichgültig, ob sie vertretbar sind oder nicht. Darüber hinaus findet das Depotgesetz nur auf vertretbare Wertpapiere Anwendung, also nicht auf Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Lagerpfandscheine, Schecks und Wechsel, Bodnereibriefe, kaufmännische Anweisungen, alle Schuldverschreibungen, welche auf Namen lauten und nicht durch Indossament übertragbar sind, Hypothekenbriefe, Urkunden über G.m.b.H.-Anteile [12]). Der Hypothekenbrief ist auch dann kein Wertpapier, wenn er mit einer Blanko-Abtretungs-Erklärung versehen ist, er ist nur Legitimations- und Beweisurkunde über anderweit begründete und bestehende Rechte [13]). Es fallen also nicht alle Wertpapiere unter das Depotgesetz, andererseits sind in § 1 andere als Wertpapiere im

---

[11]) Staub § 1 Anm. 10, Düringer-Hachenburg, S. 103, RG. 116/227.
[12]) Riesser, S. 43.
[13]) RGSt. 65/256. Staub § 381 Anm. 1, Riesser, S. 43, Jacobi in Ehrenbergs Handbuch IV, 1 S. 125 u. ffe.

juristischen Sinn mit aufgezählt. Unter Wertpapieren versteht man Verwertungspapiere d. h. Papiere, bei denen die Geltendmachung des verbrieften Rechts an den Besitz des Papiers geknüpft ist und Übertragung des Papiers die Übertragung des Rechts bedeutet, sodaß das Recht im Papier verkörpert ist[13]), das ist aber nicht der Fall bei Talons, diese sind nur Zubehör zu Wertpapieren.

3. Die bis jetzt vorgenommenen Einschränkungen sind für die praktische Bedeutung des Depotgesetzes nicht sehr erheblich, denn der Wertpapierhandel umfaßt im wesentlichen die im Gesetz aufgezählten Papiere, während in den ausgeschiedenen ein börsenmäßiger Handel nicht stattfindet. Auch die subjektive Beschränkung ist unerheblich, da Wertpapiergeschäfte in der Regel von Bankiers, also Vollkaufleuten, vorgenommen werden. Viel bedeutsamer ist die Abgrenzung nach modalen Gesichtspunkten.

Sowohl § 1 als auch § 8 gelten nur für Geschäfte, die ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes vornimmt. Die Mitteilungspflicht des § 8 besteht also nicht, wenn ein Vollkaufmann derartige Geschäfte außerhalb seines Handelsgewerbes als Privatmann vornimmt. § 8 zählt nun eine Reihe von Zwecken auf, zu denen die Weitergabe der Papiere erfolgen muß; nämlich zur Aufbewahrung, Veräußerung, Umtausch oder Bezug von anderen Wertpapieren. Dabei ist der sehr häufige Fall der Weitergabe zum Zwecke der Verpfändung nicht genannt. Man muß jedoch auch hier die gleiche Mitteilungspflicht annehmen. Daraus, daß in § 8 die Verpfändung nicht genannt ist, darf nicht geschlossen werden, daß hier keine Mitteilungspflicht bestehe. Werden dem Zentralbankier ihm verpfändete Wertpapiere ausgehändigt, so ist er nach § 1215 BGB. zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet. § 8 Depotgesetz spricht nur ganz allgemein davon, daß die Weitergabe zur Verwahrung erfolgen muß, ohne zu unterscheiden zwischen vertraglicher und gesetzlicher Verwahrungspflicht[14]).

Die entgegengesetzte Meinung von Breit und Adler geht vom Wortlaut des Gesetzes aus, wo es heißt: „zum Zwecke der Aufbewahrung" und erklärt, bei Weitergabe der Papiere zur Verpfändung sei diese der Zweck und die Aufbewahrung sei nur Mittel zum Zweck. Der Pfandgläubiger ist aber kraft Gesetzes zur Verwahrung verpflichtet. § 8 Depotgesetz stellt nicht darauf ab, welches Ziel die Beteiligten mit der Verwahrung verfolgen. Die Übergabe zur Verwahrung kann eine sichere Aufbewahrung bezwecken oder die Entstehung des Pfandrechts. Notwendig und ausreichend ist die Herstellung eines Verwahrungsverhältnisses, gleichgültig, ob damit noch andere Zwecke verbunden sind.

Die wesentlichste Einschränkung, durch welche die Bestimmung in der Praxis für den allergrößten Teil des ihr vom Gesetzgeber zugedachten Anwendungsgebietes bedeutungslos gemacht wird, ist, daß es sich um die

---

[14]) RG. 117/95 = B.A. 26/484, Bay.Obst.L.G.B.A. 25/481, RGSt. 65/214, Riesser, S. 204, Staub Anh. zu § 424 Anm. 121 a. M. Breit LZ. 1910, S. 11 u. f., Paul Adler, S. 119.

Weitergabe „fremder" Wertpapiere handeln muß, d. h. die Wertpapiere müssen für den Bankier „fremde" sein, dürfen also nicht sein Eigentum sein. Erwirbt der Bankier vor Weitergabe daran das Eigentum aus irgend einem Grunde, dann sind die Papiere nicht mehr fremde für ihn und damit entfällt auch die Mitteilungspflicht. Das ist in erster Linie stets der Fall bei Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt des Lokalbankiers. Hier steht der Bankier dem Kommittenten vom Augenblick des erklärten Selbsteintritts an als Käufer gegenüber und erwirbt in diesem Augenblick das Eigentum an den in seinem Besitz befindlichen Papieren, andernfalls im Augenblick der Besitzerlangung [15]).

Ebenso besteht keine Mitteilungspflicht beim Eigenhandel, hier steht der Bankier dem Kunden nicht als Kommissionär, sondern von Anfang an als Käufer gegenüber. Der Bankier erwirbt das Eigentum nach allgemeinen Grundsätzen und wenn er die von seinem Kunden gekauften Papiere an einen Zentralbankier weitergibt, so sind diese seine eigenen Papiere [16]).

§ 8 Abs. 1 S. 2 bestimmt für die Einkaufskommission, daß der Lokalbankier für den Fall der Weitergabe eines Auftrags zur Anschaffung von Wertpapieren an einen Dritten, diesem mitzuteilen hat, daß die Anschaffung für fremde Rechnung erfolge. Nicht um Anschaffung von Wertpapieren handelt es sich, bei einem Auftrag zur Eintragung in ein Staatsschuldbuch oder Reichsschuldbuch [17]), hier werden keine Schuldverschreibungen ausgehändigt, § 8 Abs. 2 setzt jedoch wirkliche Anschaffung von Wertpapieren voraus.

Bei einem Auftrag zur Zeichnung einer Anleihe besteht die Mitteilungspflicht, wenn die Aushändigung der Inhaberschuldverschreibungen beantragt wird, also keine Eintragung in ein Schuldbuch erfolgt [18]).

Führt der Lokalbankier einen Kommissionsauftrag zur Anschaffung von Wertpapieren (Einkaufskommission) durch Selbsteintritt aus, so bewirkt die Erklärung des Selbsteintritts, daß er nunmehr dem Kunden als Verkäufer gegenübersteht. Mit der Erklärung des Selbsteintritts hat der Bankier den Auftrag bereits ausgeführt, er hat dem Kunden gegenüber nur noch die Pflicht zur Lieferung der Papiere. Wenn er zur Erfüllung dieser Lieferpflicht entsprechende Papiere sich selbst beschafft, so gibt er den Auftrag des Kunden nicht weiter, sondern erteilt in eigenem Namen und für eigene Rechnung einen Auftrag an den Dritten. § 8 hat aber die Mitteilungspflicht nur bei Weitergabe eines erteilten Auftrags bestimmt. Der Lokalbankier ist also beim Selbsteintritt auch bei der Einkaufskommission von der Verpflichtung zur Fremdanzeige entbunden [19]).

---

[15]) R.G.B.A. 26/124, RG. 107/39, Riesser, S. 206, Staub Anh. zu § 424 Anm. 124, Schumann, S. 49, Schneebalg, S. 34.

[16]) Staub, Anm. 124.

[17]) Staub Anh. zu § 424, Anm. 118, 135 a. E. Haußmann, Holdheim 1913/228 u. ffe., RG. 82/405.

[18]) Haußmann a. a. O.

[19]) Riesser, S. 208 u. ffe., Staub § 400 Anm. 20, Schmidt-Rimpler, S. 955.

Das Gleiche gilt für Anschaffungsgeschäfte, die als Eigenhandelsgeschäfte gemacht werden, da bei solchen eine Mitteilungspflicht überhaupt nicht besteht.

§ 4.

Depositum irregulare (Stückekonto) und § 8 Depotgesetz.

Die Papiere sind für den Lokalbankier ebenfalls keine fremden beim depositum irregulare; hier ist der Bankier Eigentümer und der Kunde hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Lieferung der Papiere. Der Gesetzgeber ging bei Schaffung des Depotgesetzes von dem offenen regulären Depot als Normalfall aus. Dieses suchte er nach Möglichkeit zu schützen und die Umwandlung vom depositum regulare in depositum irregulare zu erschweren. Das BGB. hat für das depositum irregulare in § 700 Abs. 2 bestimmt, daß bei der Hinterlegung von Wertpapieren die Vereinbarung, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, nur gültig ist, wenn sie ausdrücklich getroffen wird. § 2 Depotgesetz schreibt für diese Vereinbarung, soweit der Hinterleger oder Verpfänder nicht Bankier ist, vor, daß eine solche Erklärung nur gültig ist, wenn sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird. Das Erfordernis der Schriftform wird auch erfüllt, wenn ein gedrucktes Formular, das die Ermächtigung des § 2 mit unzweideutigen Worten enthält, unterschrieben wird [20]). Es ist jedoch nicht erforderlich, daß die Ermächtigung sich genau an den Wortlaut des Gesetzes anpaßt, es genügt, wenn sie unzweideutig den gleichen Sinn hat [21]). Die Ermächtigung ist jedoch nur wirksam, wenn sie sich auf ein bestimmtes Geschäft bezieht und für jedes Geschäft ausdrücklich erfolgt. Eine allgemeine Abrede dieses Inhalts etwa in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, ist wirkungslos [22]). Zu den hinterlegten oder verpfändeten Wertpapieren gehören auch solche, die der Bankier etwa im Wege der Einkaufskommission für den Kunden angeschafft hat, sobald sie Eigentum des Kunden geworden sind. Auch in diesem Fall gilt die Vorschrift des § 2; sie gilt jedoch nicht für erst abzuschließende Kommissionsgeschäfte und Käufe, wenn der Kunde nicht effektive Stücke erwerben will, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Bankier auf Lieferung der Stücke, ein sog. Guthaben auf Stückekonto (depositum irregulare). Es kommt sehr häufig vor, besonders bei Geschäften mit spekulativem Charakter, daß der Kunde, um Kosten zu ersparen, gar kein Eigentum erwerben will, da er die Papiere in kurzem mit einem etwaigen Kursgewinn wieder verkaufen will. Der § 2 Depotgesetz schließt durch seinen Wortlaut gerade diesen Fall aus, wenn er die Schriftform verlangt für die Ermächtigung „an Stelle hinterlegter oder verpfände-

[20]) RG. 65/178.
[21]) OLG.Rechtsprechung 28/374, B.A. 13/330.
[22]) Riesser, S. 96, Staub Anh. zu § 424 Anm. 30, RG. 82/32.

ter Wertpapiere" gleichartige zurückzugewähren. Die logische Voraussetzung dieses Satzes ist, daß bereits hinterlegte oder verpfändete Wertpapiere vorhanden sind; mit a. W. der Zweck der Bestimmung ist es nicht, die Entstehung von Sonderdepots zu fördern (ein solches wird vielmehr vorausgesetzt), sondern lediglich die Umwandlung eines schon bestehenden Sonderdepots in ein dep.irreg. ohne klare und ausdrückliche Vereinbarung zu verhindern [23]). Man darf aber nicht mit Ascher S. 42 u. S. 43 soweit gehen, zu sagen, daß § 2 überhaupt nur bei „hinterlegten" und nicht bei durch den Bankier neu angeschafften Papiere Anwendung finden könne, diese sind ebenso zu behandeln wie die vom Kunden unmittelbar durch Übergabe hinterlegten. Man muß vielmehr mit Staub (Anh. zu § 424 Anm. 59 u. 35) unterscheiden, ob die Papiere Eigentum des Kunden geworden sind oder nicht.

§ 2 unterscheidet zwei Arten von Ermächtigungen, nämlich „gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren" und ferner: „Über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen". Durch die Erteilung solcher Ermächtigungen allein kommt jedoch ein dep.irreg. noch nicht zur Entstehung, es muß dazu gemäß § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB. noch kommen, daß die Papiere so hinterlegt werden, daß das Eigentum übergehen soll. Es ist also außer der Ermächtigung noch ein besonderer Eigentumsübertragungspakt bzw. Aneignungsakt erforderlich. Der Bankier muß von seiner Ermächtigung Gebrauch machen. Die Abrede, daß das Eigentum sofort übergehen soll, kann in der Ermächtigung enthalten sein oder gleichzeitig damit formlos erfolgen, notwendig ist aber das nicht; solange der Bankier keinen Gebrauch macht, bleibt das Sondereigentum des Kunden bestehen.

Wenn nun der Bankier Papiere, hinsichtlich deren er gemäß § 2 ermächtigt ist, weitergibt, so besteht für ihn keine Mitteilungspflicht. Er wird zwar durch die Ermächtigung noch nicht Eigentümer, ist aber berechtigt, sich diese jederzeit anzueignen. Eine solche Aneignung liegt in der Weitergabe der Papiere ohne Fremdanzeige, der Bankier behandelt damit die bisher fremden Papiere als eigene und tut hierin seinen Aneignungswillen kund [24]).

Es ist aber auch möglich, daß die Ermächtigung über die Papiere zu eigenem Nutzen zu verfügen, nicht so umfassend ist, wie oben vorausgesetzt, sondern daß der Lokalbankier nur in bestimmter Hinsicht über die Papiere verfügen darf; die Vermutung spricht jedoch nicht für eine solche enge Auslegung [25]). Dann hängt die Anzeigepflicht von dem Inhalt der Ermächtigung ab, die im einzelnen Fall zu prüfen ist. Bei der Ermächtigung zur Weiterverpfändung der Papiere ist zu unterscheiden, ob der Bankier diese unbeschränkt zu eigenem Nutzen verpfänden darf oder ob er zur Verpfändung nur in beschränktem Umfang, z. B. für einen bestimmten Betrag, ermächtigt ist.

---

[23]) a. M. Schumann, S. 55 und ff.
[24]) Riesser, S. 205, Staub Anh. zu § 424, Anm. 123, Paul Adler, S. 118. Müller, S. 28.
[25]) Riesser, S. 106.

Im ersten Fall ist die Fremdanzeige nicht erforderlich, denn hier hat der Kunde ja selbst auf den Schutz des § 8 verzichtet, im zweiten Fall jedoch ist er verpflichtet, die Anzeige zu machen [26]). Die Weiterverpfändung der Papiere wird durch eine solche Anzeige nicht unmöglich gemacht, weil der Lokalbankier ja ermächtigt ist, über die fremden Papiere insoweit zu verfügen.

Durch die Unterlassung der Anzeige würden dem Kunden aber alle die Nachteile erwachsen, die gerade § 8 vermeiden will. Der Zentralbankier würde andernfalls an den ihm gelegentlich der Verpfändung ohne Anzeige übergebenen Papiere über den Pfandvertrag und die in § 8 Dep.Ges. beschriebenen Grenzen hinaus Rechte erwerben und das dürfte in der Regel nicht dem Willen des Kunden entsprechen.

§ 5.

Das Sammeldepot und § 8 Depotgesetz.

Das Depotgesetz kennt nur das eigentliche Sonderdepot und das irreguläre Depot. Damit sind aber die Depotarten nicht erschöpft, in der Praxis gibt es noch eine Reihe von Zwischenstufen, die im Gesetz nicht geregelt sind, insbesondere das Summen- oder Tauschdepot und das Sammeldepot.

Beim Summendepot bleibt das Eigentum des Hinterlegers erhalten, der Verwahrer hat alle Pflichten wie beim Sonderdepot, hat jedoch das Recht, die hinterlegten Stücke gegen andere gleichartige zu vertauschen unter der Bedingung, daß er eine entsprechende Menge dem Hinterleger zu Eigentum in dessen Depot legt; nimmt er ohne Ersatz Stücke heraus, so begeht er Unterschlagung. Der Bankier kann die Ermächtigung zur Vornahme eines solchen Tausches nur in der Form des § 2 Dep.Ges. erwerben [27]). Diese Depotart spielt aber keine große Rolle, von ungleich größerer Bedeutung ist in der Praxis das Sammeldepot.

Das Sammeldepot ist eine Unterart des Sonderdepots. Beim Sammeldepot werden jedoch die Papiere eines Hinterlegers nicht gesondert verwahrt, sondern zusammen mit gleichartigen Wertpapieren anderer Hinterleger in der Weise, daß sämtliche so verwahrten Papiere im Miteigentum der sämtlichen Hinterleger stehen. Der Miteigentumsanteil eines jeden bestimmt sich nach dem Nennwert der von ihm hinterlegten Papiere. Der Hinterleger verliert also sein Sondereigentum, erwirbt aber dafür einen quotenmäßigen Miteigentumsanteil an den sämtlichen Wertpapieren des Sammeldepots.

Das Miteigentum entsteht durch einen entsprechenden Vertrag (Sammeldepotvertrag) und Übergabe der Papiere an die verwahrende Bank, spätestens aber im Augenblick der Vermischung der Papiere mit anderen gleichartigen, gemäß § 948 Abs. 1 u. 2 BGB. (zusätzliche Vertragstheorie) [28]).

---

[26]) Riesser, S. 205.
[27]) Riesser, S. 102, Paul Adler, S. 47.
[28]) Opitz B.A. 27/197, Wehl B.A. 26/119.

Auf die um die rechtliche Konstruktion des Sammeldepots entstandenen Streitfragen kann hier nicht näher eingegangen werden. Es stehen sich insbesondere die sog. „Vermischungstheorie“ [29]), die annimmt, daß das Miteigentum nur auf Grund des § 948 BGB. durch Vermischung entstehe und die sog. „Vertragstheorie“ [30]) gegenüber, nach der das Miteigentum in erster Linie durch einen entsprechenden Vertrag entstehe.

Die einfachste Art ist das Haussammeldepot. Hier verwahrt der Bankier alle gleichartigen Papiere seiner Kunden im Sammeldepot bei sich selbst. Bei mittelbaren Sammeldepots gibt der Lokalbankier die Papiere seiner Kunden evtl. zusammen mit seinen eigenen in das Sammeldepot eines Zentralbankiers. Nach dem Vorbild der Bank des Berliner Kassenvereins wurden an zahlreichen Börsenplätzen Effektengirobanken eingerichtet, deren Kunden nur aus Banken bestehen. Die Effektengirobank verwahrt alle gleichartigen Papiere, die ihr von den angeschlossenen Banken übergeben werden, gemeinsam und ungetrennt, die Girobank ist unmittelbare Besitzerin, der Lokalbankier erststufiger mittelbarer Besitzer der Sammeldepotanteile und zugleich Besitzmittler für den Kunden, der zweitstufiger mittelbarer Besitzer und Eigentümer der Sammeldepotanteile ist. In diese Kette können sich noch beliebig viele Glieder einschieben. Sehr kompliziert wurde der juristische Aufbau des Sammeldepots durch die Einführung des „Effektengiro-Fernverkehrs“, wobei die Girobanken die Papiere nicht sämtliche im eigenen Tresor verwahren, sondern teilweise selbst wieder Anteile an den Sammeldepots anderer Girobanken besitzen.

Durch die Einführung dieser Zwischenglieder wird die rechtliche Stellung des Kunden nicht verändert, er bleibt Eigentümer eines dem Wert der von ihm hinterlegten Wertpapiere entsprechenden Sammeldepotanteiles. Grundlegend für die Sicherheit des Kunden ist, daß die unmittelbar verwahrende Bank nie Eigentümerin der Papiere wird, diese vielmehr stets im Miteigentum der Hinterleger stehen.

Will der Lokalbankier das Sonderdepot eines Kunden in Sammelverwahrung nehmen oder bei einer Effektengirobank in ein Sammeldepot geben, so ist dazu eine Ermächtigung durch den Kunden in der Form des § 2 Dep.-Ges. erforderlich [31]).

Da es sich auch hier um eine Weitergabe zum Zwecke der Verwahrung handelt, ist der Lokalbankier grundsätzlich auch in diesem Fall verpflichtet, die Fremdanzeige zu machen. Nun haben aber die deutschen Effekten-Girobanken in ihren Geschäftsordnungen regelmäßig die Bestimmung, daß die Girobank an den übergebenen Papieren ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen gegen den Empfangsberechtigten geltend machen können, welche mit Bezug auf die fraglichen Papiere entstanden

---

[29]) Opitz u. Schultz Jur.W. 1926/473 ff., 666 ff. Schumann, S. 52, Staub, Anh. zu § 424 Anm. 58 ff. RG.Räte-Komm. § 700 Anm. 6.

[30]) Riesser, S. 114, Metze Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 90, S. 383 ff.; Bd. 91, S. 3 ff.

[31]) Riesser, S. 113.

sind [32]). Es erhebt sich nun die Frage, ob von der Fremdanzeige abgesehen werden kann, wenn die vom Gesetz daran geknüpften Folgen unter den Beteiligten bereits geschäftsordnungsmäßig generell vereinbart sind. In einem solchen Fall wäre die Fremdanzeige eine reine Formalität, nachdem der Zweck des § 8 bereits auf andere Weise ebenso wirksam herbeigeführt wird, und ist daher überflüssig. Die Fremdanzeige hat keine selbständige Bedeutung, sie dient lediglich dem Schutz des Kunden und wenn, wie hier, dieses Schutzbedürfnis nicht vorhanden ist, kann dem Lokalbankier die Mitteilungspflicht erlassen werden [33]). Staub und Ruth verlangen auch hier die Fremdanzeige, weil durch diese fremdes Eigentum als solches gekennzeichnet werde und ein gutgläubiger Erwerb von Rechten daran wesentlich erschwert werde. Diese Wirkung ist vom Gesetz als Zweck der Vorschrift aber nicht genannt, § 8 will nur die Pfand- und Zurückbehaltungsrechte beschränken. Der Zweck des § 8 wird durch eine entsprechende Klausel in der Geschäftsordnung voll und ganz erreicht. Diese Gründe müssen Ruth auch entgegengehalten werden, der die Mitteilung noch aus einem anderen Grund verlangt. Er ist der Ansicht, daß beim Sammeldepot ohne Fremdanzeige die Geltendmachung des Aussonderungsrechts des Kunden im Konkurs des Lokalbankiers erschwert würde. Es soll nicht verkannt werden, daß die Durchsetzung dieses Rechts durch eine Fremdanzeige vielleicht erleichtert würde; diese Erleichterung ist aber ebenso eine unwesentliche Nebenwirkung der Anzeige wie die Erschwerung des gutgläubigen Erwerbs. Außerdem ist zu beachten, daß diese Erschwerung nur theoretischer Natur ist, denn nachdem sich der Effektengiroverkehr allgemein eingebürgert hat und in seiner rechtlichen Natur erkannt ist, kann man unbedenklich hinsichtlich der im Besitz des Lokalbankiers befindlichen Sammeldepotanteile eine Vermutung zugunsten des Kundeneigentums annehmen [34]).

§ 6.

Wegfall der Mitteilungspflicht durch Verzicht.

Die Mitteilungspflicht fällt weg, wenn der Kunde auf die Mitteilung verzichtet. Der Verzicht kann formlos erfolgen, also auch für die Zukunft generell, in den allgemeinen Geschäftsbedingungen oder mündlich. Für die Gültigkeit eines solchen Verzichts ist nur erforderlich, daß der Kunde die Bedeutung seiner Erklärung erkannt hat [35]). Die besonders von Fromm a. a. O.

---

[32]) Vgl. die Geschäftsordnung der Bank des Berl. Kassenvereins § 7, abgedruckt bei Riesser, S. 268.

[33]) Riesser, S. 207, Ascher, S. 44, a. M. Staub Anm. 122a, Ruth, Seite 52, 54.

[34]) Riesser, S. 134 und ff., Bernstein B.A. 26/237, Schlechtriem, S. 20.

[35]) Staub Anh. zu § 424 Anm. 126, Riesser, S. 208, RG.BA. 26/124, a. M. Fromm, S. 17ff., Lusensky, S. 88.

vertretene Meinung, daß in analoger Anwendung des § 2 Dep.Ges. die Befreiung von der Mitteilungspflicht nur ausdrücklich und schriftlich erfolgen könne, ist nicht haltbar, denn zwischen der Befugnis, frei und zu eigenem Nutzen über Wertpapiere zu verfügen und dem Recht, die Papiere ohne Fremdanzeige weiter zu geben, besteht doch ein erheblicher Unterschied; der Bankier, der von der Mitteilungspflicht befreit ist, darf noch nicht über die Papiere verfügen und diese nicht ohne weiteres durch Weitergabe an den Zentralbankier dessen unbeschränktem Pfandrecht unterwerfen. Einer analogen Anwendung widerspricht auch der singuläre Charakter der Vorschrift des § 2, die nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist, sondern aus rechtspolizeilichen Gründen geschaffen wurde.

§ 7.

Die Form der Mitteilung nach § 8 Depotgesetz.

§ 8 hat für die Mitteilung keine Form vorgeschrieben, sie ist eine formlose Erklärung dem Zentralbankier gegenüber und wird erst mit Zugang bei diesem wirksam. Es ist nicht erforderlich, daß sie gerade in der Absicht abgegeben wurde dem § 8 zu genügen, auch eine zu anderen z. B. steuerlichen Zwecken gemachte Mitteilung ist gültig und wirksam. Bestritten war früher die Bedeutung der Klausel „in Kommission", doch besteht heute eine Verkehrssitte unter den Banken, wonach diese Klausel zugleich die Mitteilung nach § 8 enthält, wenn nicht anderes ausdrücklich vereinbart ist [36]).

B. Die Wirkung der Fremdmitteilung.

Im Folgenden werden nun die Wirkungen der Fremdanzeige untersucht und zwar so, daß zunächst festgestellt wird, welche Rechte des Zentralbankiers an den Papieren entstehen können und welche Beschränkungen diese durch die Mitteilung erleiden und endlich inwieweit Rechte des Zentralbankiers trotz erfolgter Fremdanzeige entstehen können.

1. Die einzelnen Rechte des Zentralbankiers, die ohne Mitteilung entstehen würden.

§ 8.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs § 397 HGB.

Der Lokalbankier, der als Kommissionär einen Auftrag seines Kunden an den Zentralbankier weitergibt, ist diesem gegenüber seinerseits wieder Kommittent, der Zentralbankier ist ihm gegenüber Kommissionär. Der Kommissionär hat nach § 397 HGB. an dem Kommissionsgut d. h. hier an den Wertpapieren, die gemäß einem zustandegekommenen Kommissionsvertrag

[36]) Riesser, S. 216 Anm. 1, Fromm, S. 21.

Gegenstand des Ausführungsgeschäfts geworden sind, ein Pfandrecht kraft Gesetzes wegen der auf die Papiere verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften. Dieses Pfandrecht erwirbt er aber nur an Inhaberpapieren oder blankoindossierten Orderpapieren. Der Zentralbankier muß die zur Erwerbung eines Pfandrechts nötige papiermäßige Legitimation besitzen. Das ist bei Inhaber- und blankoindossierten Orderpapieren der Besitz der Papiere. Durch § 397 HGB. werden die für die Verpfändung bestimmten Arten von Wertpapieren bestehenden Sondervorschriften nicht außer Geltung gesetzt. Der Zentralbankier erwirbt also dieses Pfandrecht nicht bei solchen Orderpapieren, die nicht auf ihn indossiert sind, und überhaupt nie bei Rektapapieren [37]). Es ist nicht erforderlich, daß der Kommittent (Lokalbankier) Eigentümer der Papiere ist. Der Erwerb des Pfandrechts an Papieren, die diesem nicht gehören, richtet sich nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb, §§ 932, 1207 BGB., 366 Abs. 3 HGB. Da es sich nicht um ein vertragliches, sondern um ein gesetzliches Pfandrecht handelt, muß beim Erwerb nach § 366 HGB. der Zentralbankier den Lokalbankier für befugt halten, den Tatbestand zu schaffen, der das Pfandrecht entstehen läßt, also den Kommissionsvertrag zu schließen und die Papiere dem Zentralbankier zu übergeben [38]).

Um den Kommissionär auch dann zu sichern, wenn das Kommissionsgut ihm selbst gehört, hat § 398 HGB. ihm in diesem Fall das Recht gegeben, sich nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften zu befriedigen. Der Zentralbankier hat also bei der Einkaufskommission dieses pfandähnliche Recht, auch wenn er die Papiere dem Lokalbankier noch gar nicht übereignet hat.

Der Kreis der Forderungen, wegen deren das Pfandrecht entstehen kann, ist nach § 397 HGB. sehr groß. Es ist nicht erforderlich, daß die Forderungen aus dem mit den betreffenden Papieren zusammenhängenden Kommissionsgeschäften herrühren, es können Forderungen aus ganz beliebigen Kommissionsgeschäften sein, mit denen der Kunde gar nichts zu tun hat.

§ 9.

Das vertragliche allgemeine Pfandrecht.

Der Verkehr der Banken unter sich spielt sich ebenfalls auf Grund allgemeiner Geschäftsbedingungen ab. In diesen ist regelmäßig, genau so wie im Kundengeschäft, eine Klausel enthalten, wonach der Zentralbankier an allen in seinen Besitz gelangenden Wertobjekten (Papieren und Forderungen) des

---

[37]) Schmidt-Rimpler, S. 827, Wolff Handb. S. 70, Sachenrecht § 178, Düringer-Hachenburg Vorbem. zu § 368 Anm. 18.
[38]) Wolff Handb. S. 67.

Lokalbankiers wegen aller seiner Forderungen gegen diesen ein allgemeines Pfandrecht habe (Riesser, S. 202). Solche antizipierte Pfandverträge sind gültig, soweit die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts im Augenblick der Besitzerlangung durch den Bankier noch besteht [39]).

Zunächst entsteht dieses vertragliche Pfandrecht nur an Papieren, die dem Lokalbankier gehören. Nach den Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten § 935, 1207 BGB., 366 HGB. erwirbt der Zentralbankier das Pfandrecht aber auch an fremden Wertpapieren, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit an das Eigentum oder das Verfügungsrecht des Lokalbankiers glaubt. Eine solche Pfandklausel kann nicht besondere Erfordernisse ersetzen, die das Gesetz in einzelnen Fällen bei der vertragsmäßigen Verpfändung von Wertpapieren verlangt, z. B. bei vinkulierten Namensaktien die Zustimmung der Gesellschaft. Soweit das Gesetz zur Verpfändung die Schriftform verlangt, z. B. bei Kuxen, genügt die schriftliche Bestätigung der Geschäftsbedingungen [40]).

Das vertragsmäßige Pfandrecht kann aber nur entstehen, wenn die Papiere nicht Eigentum des Zentralbankiers sind. Es entsteht also nicht an Papieren, die er auf Grund einer Einkaufskommission beschafft und noch nicht an den Lokalbankier übereignet hat.

§ 10.

Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Wertpapieren, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch in seinem Besitz hat. § 369 Abs. 1 HGB. Dieses Zurückbehaltungsrecht ist ein pfandartiges Recht, das aber keine dingliche Wirkung hat. Voraussetzung ist einmal, daß die Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft herrührt, beide Vertragsparteien müssen also Kaufleute sein. Das ist bei einem Vertrag zwischen Lokalbankier und Zentralbankier stets der Fall. Das Zurückbehaltungsrecht entsteht im Gegensatz zum Kommissionärspfandrecht an allen Wertpapieren ohne Rücksicht auf die papiermäßige Legitimation, also auch an nichtindossierten Orderpapieren und Rektapapieren [41])). Staub a.a.O. will solche Papiere ausschließen, die nicht durch Indossament, sondern nur durch Abtretung übertragbar sind, da diese nicht für den Handelsverkehr bestimmt seien. Diese Einschränkung ist aber m. E. abzulehnen, da § 369 HGB. nur verlangt, daß bewegliche Sachen oder Wertpapiere des Schuldners auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Kommissionärs gelangt sind.

---

[39]) Wolff Sachenrecht § 163 I, 1, RG. 109/203.
[40]) Schneebalg, S. 64.
[41]) Wolff Handb. S. 88 a. M., Staub § 369 Anm. 16.

Es ist nicht erforderlich, daß die betreffenden Sachen Gegenstand gerade dieses Handelsgeschäfts sind. Außerdem können aber auch Sachen, die nicht zum Handelsverkehr bestimmt sind, Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein (Staub § 343 Anm. 2). Der Zentralbankier hat das Recht jedoch nur an solchen Papieren, die im Eigentum des Lokalbankiers stehen; soweit die Wertpapiere dem Kunden des Lokalbankiers gehören, besteht kein Zurückbehaltungsrecht. Einen gutgläubigen Erwerb gibt es hier nicht. Hat der Zentralbankier aber einmal ein Zurückbehaltungsrecht erworben, so erlischt dieses nicht nachträglich dadurch, daß der Kunde nunmehr Eigentümer wird, § 986 Abs. 2 BGB. Das Zurückbehaltungsrecht wirkt außer gegen den Schuldner auch gegen den neuen Eigentümer, d. h. den Kunden, der die Papiere durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erwirbt [42]); diesem steht auch jeder andere gleich, der das Eigentum vom Lokalbankier erlangt, sofern der zurückhaltende Lokalbankier auch Besitzmittler des Kunden ist. Insoweit ist § 986 Abs. 2 BGB. analog anzuwenden [43]) und zwar auch beim Eigentumsübergang nach § 7 Dep.Ges. durch Übersendung des Stückeverzeichnisses.

Schwierigkeiten bieten nun solche Fälle, in denen z. Zt. des Eigentumsübergangs auf den Kunden die Forderung des Zentralbankiers gegen den Lokalbankier noch nicht fällig oder gar überhaupt noch nicht entstanden ist. Die Wirkung gegen den Eigentumsnachfolger setzt voraus, daß das Recht schon gegen den Vorgänger begründet war und dazu genügt, daß die Forderung zur Zeit des Übergangs bestand [44]). Darüber hinaus muß man aber mit Wolff a. a. O in analoger Anwendung von § 407 BGB. annehmen, daß der Zentralbankier auch wegen solcher Forderungen gegen den Lokalbankier zurückbehalten kann, die zur Zeit des Eigentumsübergangs noch gar nicht entstanden waren, soweit der Zentralbankier von dem Eigentumswechsel nichts wußte. Das ist von großer Bedeutung bei der Einkaufskommission, wo der Zentralbankier zunächst Eigentümer wird. Hier könnte dieser also solange ein unbeschränktes Zurückbehaltungsrecht erwerben, bis er erfährt, daß der Lokalbankier das Eigentum auf den Kunden weiter übertragen hat.

§ 11.

Das Zurückbehaltungsrecht des BGB.

Neben dem Recht des § 369 HGB. gibt das BGB. in den §§ 273 und 274 ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht, für das die Voraussetzungen teils weiter und teils enger sind als beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht, und das sich auch durch seinen Inhalt wesentlich unterscheidet. § 273 BGB. gibt dem Schuldner das Recht die geschuldete Leistung zu verweigern, wenn er aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, sofern sich aus dem

[42]) Wolff Handb. S. 101 u. ffe., Staub § 369 Anm. 23.
[43]) Wolff a. a. O.
[44]) Wolff a. a. O. RG. 83/282.

Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt. Dieses Recht ist also nicht auf Papiere, die dem Lokalbankier gehören, beschränkt, der Zentralbankier kann vielmehr jede dem Lokalbankier geschuldete Leistung verweigern, auch die Herausgabe fremder, dem Lokalbankier nicht gehörender Wertpapiere, allerdings mit der Einschränkung, daß seine Forderung aus demselben rechtlichen Verhältnis herrührt, wie der Anspruch des Lokalbankiers. Diese Voraussetzung liegt nun stets vor bei Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft, das sich auf die betreffenden Papiere bezieht. Dazu ist aber nicht nötig, daß die beiden Ansprüche gegenseitig bedingt sind, sondern es genügt ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch, sodaß das Verlangen der Leistung ohne Gewährung der Gegenleistung den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen würde. Die Vorschriften des § 273 sind nachgiebigen Rechtes; die Parteien können ein Zurückbehaltungsrecht vereinbaren, auch wenn die Voraussetzungen für die Entstehung kraft Gesetzes nicht vorliegen. Es kann ein erweitertes Zurückbehaltungsrecht auch generell in den Bankbedingungen vereinbart werden, was in aller Regel der Fall ist[45]).

Im Gegensatz zu dem handelsrechtlichen Institut begründet das bürgerlichrechtliche Zurückbehaltungsrecht kein Befriedigungsrecht, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht. Für den Kunden besteht ein sehr wesentlicher Unterschied im Konkurs des Lokalbankiers. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht findet auch im Konkurs Beachtung und wird nach § 49 Ziff. 4 KO. als Grundlage eines Absonderungsrechts anerkannt.

§ 12.

2. Die Beschränkung der Rechte des Zentralbankiers durch die Fremdmitteilung.

Nach § 8 Abs. 2 Dep.Ges. kann der Zentralbankier, der eine solche Mitteilung empfangen hat, an übergebenen oder neu beschafften Papieren ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen geltend machen, welche „mit Bezug auf diese Papiere" entstanden sind. Diese Beschränkung gilt nicht nur für das gesetzliche, sondern auch für das (vertragsmäßig) vereinbarte Pfandrecht (RG. 71/338). § 8 spricht ganz allgemein von einem Pfandrecht, ohne zu unterscheiden, auf welche Weise, durch Vertrag oder kraft Gesetzes, dieses entsteht. Forderungen solcher Art sind: Provisionen, die der Zentralbankier aus Geschäften hinsichtlich der betr. Papiere zu fordern hat, Depotgebühren, Maklergebühren, Versandspesen, Verwaltungsgebühren u. a., bei der Einkaufskommission vor allem der Kaufpreis. Das Gesetz hat zwar die Forderungen, wegen deren ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht entstehen kann, auf bestimmte Arten beschränkt. Unbeschränkt ist aber die Höhe dieser Forderungen. Diese werden zwar im allge-

[45]) Staub Vorbem. zu § 369 Anm. 7. RG. 106/247.

meinen, soweit es sich um Provision, Depotgebühren, Versandspesen u. a. handelt, im Verhältnis zum Wert der Papiere geringfügig sein; anders ist das aber bei Kaufpreisforderungen, hier muß der Kunde damit rechnen, daß die für ihn angeschafften Papiere in voller Höhe des Kaufpreises mit Rechten des Zentralbankiers belastet sind.

Die Entstehung solcher Rechte kann der Kunde nicht dadurch verhindern oder entstandene Rechte beseitigen, daß er seinerseits dem Lokalbankier den Kaufpreis und alle sonstigen Forderungen bezahlt; die Rechte erlöschen vielmehr erst dann, wenn der Lokalbankier selbst den Zentralbankier befriedigt. Der Kunde ist dazu nicht imstande, da er in der Regel gar nicht erfährt, an welchen Bankier der Lokalbankier die Papiere oder die Aufträge weitergegeben hat, und selbst wenn er das wüßte, würde ihn diese Kenntnis wenig nützen, da er den Kontostand seines Bankiers beim Zentralbankier nicht kennt und auch schwerlich in Erfahrung bringen kann, ganz abgesehen davon, daß er lediglich der Schuldner des Lokalbankiers ist und nicht ohne weiteres an dessen Gläubiger bezahlen darf.

3. Die Entstehung von Rechten des Zentralbankiers über den Rahmen des § 8 Abs. 2 Depotgesetz hinaus.

§ 13.

Das Kontokorrentverhältnis.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 kann nicht verhindern, daß Kundenpapiere in gewissem Umfang auch für andere Forderungen, als solche, die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind, verhaftet werden. In der Regel stehen Zentralbankier und Lokalbankier in einem Konto-Korrent-Verhältnis miteinander. Alle Geldforderungen, die aus den Geschäftsbeziehungen entstehen, werden in den Konto-Korrent aufgenommen, auch Forderungen, für welche Kundenpapiere nur im Rahmen des § 8 Abs. 2 haften. Nach § 356 HGB. kann dann der Zentralbankier aus diesen Papieren insoweit Befriedigung suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken [46]). § 8 regelt nur den Umfang der Pfandhaftung, während § 356 HGB. die Fortdauer der Haftung trotz Einstellung in den Konto-Korrent anordnet [47]). Das bedeutet zwar, wie Riesser a. a. O. richtig bemerkt, eine gewisse Verbesserung der Rechtslage des Zentralbankiers, auf der anderen Seite aber entgegen dem Bestreben des Depot-Gesetzes eine bedeutende Verschlechterung der Stellung des Kunden, der als Eigentümer der Papiere im Konkurs des Lokalbankiers allein die Kosten dieser Verbesserung zu tragen

[46]) Riesser, S. 221 Anm. 1, Staub Anh. zu § 424 Anm. 135, Sacks. S. 27.
[47]) Haußmann, Holdtheims Mon.Schr. 1913/229 und ff.

hat. In dem Guthaben (Saldo) des Zentralbankiers können nicht bloß Forderungen aus anderen Kommissionsgeschäften, wie sie § 397 HGB. für das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs zuläßt, enthalten sein, sondern auch solche aus ganz anderen Arten von Geschäften. Der Betrag, für den die Papiere haften, wird dadurch zwar nicht erhöht, aber die Beseitigung der Pfand- und Zurückbehaltungsrechte wesentlich erschwert, auch wenn man mit RG.Entsch. vom 7. 12. 07 B.A. 7/203 annimmt, daß die Befriedigung bei mehrfach aufeinanderfolgenden Saldoziehungen höchstens im Betrag des niedrigsten Zwischensaldos geschehen darf.

§ 14.

§ 8 Depot-Gesetz und der gute Glaube.

§ 8 enthält keinen Entstehungstatbestand für irgend ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht. Die in § 8 genannten beschränkten Rechte können nur nach den allgemeinen Grundsätzen über den Erwerb solcher Rechte entstehen. Wenn also nun eine Mitteilung von der Fremdheit der Papiere erfolgt, könnte der Zentralbankier an sich überhaupt kein Pfandrecht erwerben, weder ein gesetzliches noch ein vertragsmäßiges. Ein Erwerb auf Grund guten Glaubens an das Eigentum des Lokalbankiers gemäß §§ 932 u. ff. BGB. kommt naturgemäß nach erfolgter Mitteilung nicht mehr in Frage. Es bleibt also nur noch der Glaube des Zentralbankiers an die Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers, § 366 HGB. Im Verhältnis von Zentralbankier zu Lokalbankier ist die Anwendung des § 366 grundsätzlich immer möglich, da beide stets Kaufleute sind.

Zur Untersuchung der viel erörterten Frage der Bedeutung des § 366 HGB. in diesem Zusammenhang muß man unterscheiden: Die Entstehung von Rechten 1. innerhalb des § 8 Abs. 2, und 2. über diese Beschränkungen hinaus. Wie schon oben erwähnt, kann der Zentralbankier nach erfolgter Fremdanzeige ein Pfandrecht nur nach § 366 HGB. erwerben. Der gute Glaube des Zentralbankiers muß die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Papiere für den Eigentümer zu verfügen, zum Inhalt haben. Über das Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen Befugnis wird durch die Fremdanzeige allein noch nichts gesagt. Regelmäßig wird der Zentralbankier an die Befugnis des Lokalbankiers zur Vornahme solcher Verfügungen glauben dürfen, die sich aus dem ihm vom Lokalbankier bei der Ausantwortung der Papiere mitgeteilten Zweck der Ausantwortung von selbst ergeben. Wenn z. B. der Lokalbankier Papiere zum Zwecke der Aufbewahrung übersendet, darf der Zentralbankier annehmen, daß der Lokalbankier zum Abschluß eines Verwahrungsvertrages und zur Verpfändung der Papiere für die entstehenden Depotgebühren befugt ist, oder bei der Umtauschkommission zum Abschluß des Kommissionsvertrags und Verpfändung der Papiere für die Umtauschprovision. Es ist zwar nicht ohne weiteres selbstverständlich, daß der Lokalbankier zur Verpfändung befugt ist, aber soweit es sich um das gesetzliche

Pfandrecht handelt, braucht der Zentralbankier ja nur an die Befugnis zum Abschluß eines Kommissionsvertrages zu glauben, und diesen Glauben auszuschließen, liegt in der Regel kein Grund vor, da der Zentralbankier die Berechtigung des andern gar nicht nachprüfen kann. Bei dem in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarten Pfandrecht ist zu beachten, daß derartige Vereinbarungen regelmäßig bestehen und daher der Lokalbankier, der befugt ist, Papiere seines Kunden einem andern Bankier zu übersenden, auch befugt sein wird, diese Papiere den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Zentralbankiers zu unterwerfen. Hätte der Zentralbankier aber Kenntnis davon, daß der Eigentümer der Papiere wohl damit einverstanden ist, daß diese dem ersteren zur Aufbewahrung, Umtausch u. a. übergeben werden, nicht aber damit, daß ein Pfandrecht irgend welcher Art entstehen darf, so würde der Zentralbankier nicht einmal die in § 8 genannten beschränkten Pfandrechte erwerben.

Sehr viel schwieriger ist aber die Frage, ob trotz der Fremdanzeige der Zentralbankier noch über den in § 8 Dep.Ges. genannten Umfang hinaus Rechte auf Grund des § 366 HGB. erwerben kann. Hier sind zunächst einmal die Fälle auszuscheiden, die nicht in den Bereich des § 366 fallen. Es können nachträglich die Voraussetzungen der Mitteilungspflicht wegfallen, indem der Lokalbankier Eigentümer der Papiere wird. Ebenfalls nicht hierher gehören die Fälle, in denen der Lokalbankier berechtigt ist, über die „fremden" Papiere zu verfügen und über die in § 8 gezogenen Grenzen hinaus dem Zentralbankier Rechte zu verschaffen.

Schwierigkeiten ergeben sich erst wenn der Lokalbankier der Wahrheit zuwider dem Zentralbankier gegenüber behauptet, verfügungsberechtigt zu sein. Es ist heute allgemein anerkannt, vor allem durch das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen [48]), daß durch eine Mitteilung gemäß § 8 Dep.Ges. der § 366 HGB. nicht ausgeschlossen wird, sondern grundsätzlich in vollem Umfang Geltung behält. Diese beiden Bestimmungen sind auch sehr wohl miteinander zu vereinbaren, denn durch die Mitteilung wird lediglich dargetan, daß die Papiere nicht Eigentum des Lokalbankiers sind; ob und wieweit er darüber zu verfügen berechtigt ist, geht aus der Fremdanzeige nicht hervor [49]), zum mindesten aber wird die Möglichkeit einer Verfügungsbefugnis dadurch nicht ausgeschlossen. Es ist also möglich, daß der Lokalbankier, der infolge der Fremdheit der Papiere zur Fremdanzeige verpflichtet ist, das unbeschränkte Verfügungsrecht darüber hat; macht er nun die Anzeige und teilt zugleich mit, daß er verfügungsberechtigt sei, so besteht zwischen diesen Mitteilungen kein Widerspruch, sie sind vielmehr sehr wohl miteinander vereinbar. § 8 setzt sogar eine solche Berechtigung des Lokalbankiers voraus [50]), denn ein Pfandrecht auch nur in dem Rahmen des § 8 kann nur

[48]) Riesser, S. 231, Staub Anh. zu § 424 Anm. 136 RG. 71/337, 87/332.
[49]) Schneebalg, S. 37.
[50]) Vgl. Riesser, S. 230 Anm. 2, der aber dabei übersieht, daß § 8 nur eine beschränkte Verfügungsbefugnis voraussetzt, nämlich nur zur Ausantwortung zur Aufbewahrung, Umtausch oder Veräußerung.

entstehen, wenn der Lokalbankier in gewissem Umfang über die Papiere verfügen darf, oder der Zentralbankier an eine solche Verfügungsbefugnis ohne grobe Fahrlässigkeit glauben darf.

Durch die Fremdanzeige an sich wäre also die Entstehung unbeschränkter Pfand- und Zurückbehaltungsrechte nicht ausgeschlossen. Die Beschränkung geschieht erst durch die positive Vorschrift des § 8 Abs. 2, die aber keine naturnotwendige Folge der Mitteilung ist. § 8 Abs. 2 ist vielmehr seiner ganzen Natur nach eine Ausnahmebestimmung, die besagt, daß in der Regel der Zentralbankier nur eine beschränkte Verfügungsbefugnis des Lokalbankiers annehmen darf (Bansa S. 37).

Will der Zentralbankier darüber hinaus Rechte an den Papieren für sich auf Grund des § 366 HGB. in Anspruch nehmen, so ist zur Begründung dieser Rechte ein weiterer Tatbestand erforderlich. Diesen hat der Zentralbankier, der sich darauf beruft, zu beweisen. Das Gesetz stellt die Vermutung auf, daß der Lokalbankier über fremde Wertpapiere nur beschränkt verfügungsberechtigt ist. Dieser Vermutung kann der Zentralbankier dadurch begegnen, daß er nachweist, er habe ohne grobe Fahrlässigkeit an ein weitergehendes Recht des Lokalbankiers geglaubt. Das bedeutet eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Beweislastverteilung, wonach derjenige die Bösgläubigkeit nachweisen muß, der sich darauf beruft [51]).

Dieser Standpunkt, den im Ergebnis das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen eingenommen hat, bedeutet aber keineswegs, wie Drost S. 29 annimmt, eine praesumtio malae fidei des Zentralbankiers. Gegen die hier vertretene Meinung haben sich zahlreiche Schriftsteller gewandt [52]).

Von den Gegnern wird allgemein auf die Interessen des Zentralbankiers abgestellt: es sei für den Zentralbankier unmöglich, in allen einzelnen Fällen die Verfügungsberechtigung des Lokalbankiers zu prüfen, das bedeute eine unerträgliche Belastung des Bankverkehrs. Als weiterer Grund wird regelmäßig geltend gemacht, die Vorschriften des § 8 Dep.Ges. könnten auch bei schärfster Prüfungspflicht des Zentralbankiers seitens des Lokalbankiers leicht umgangen werden, indem er die betreffenden Papiere vom Zentralbankier zurückfordere und sie ihm ohne Fremdbezeichnung zur Aufbewahrung oder zum Verkauf wieder aushändige. Letzteres ist zweifellos möglich, ist aber kein ausreichender Grund, die ipso iure an die Mitteilung des § 8 sich anknüpfende Wirkung durch eine bloße Erklärung des Lokalbankiers wieder zu beseitigen. Die Frage der Zumutbarkeit der Prüfungspflicht des Zentralbankiers kann nicht ohne Berücksichtigung der Interessen des Kunden geprüft werden. § 8 ist eine ausgesprochene Schutzbestimmung für den Kunden.

---

[51]) RG. 71/337, 87/329, 117/93. Bankarchiv 26, S. 484, Bay. OL.GBA. 25/480.
[52]) Riesser, S. 229, Düringer-Hachenburg § 366 Anm. 15, Wolff Handb. S. 63, Fromm, S. 24, Drost, S. 29, Müller, S. 63, Lampe, S. 43, Breit, LZ. 1910/16, Weißbart BA. 13/330. Wie oben: Staub Anh. zu § 424 Anm. 136, Geiler JW. 1926/1574, Schneebalg, S. 38, Bansa, S. 37, Sacks, S. 37.

Riesser, Bonn und Weißbart wenden insbesondere ein, in der Regel und nicht nur in Ausnahmefällen sei der Zentralbankier befugt, die Verfügungsberechtigung des Lokalbankiers redlicherweise anzunehmen. Die Mitteilung des Lokalbankiers setze nach dem Depotgesetz seine Verfügungsbefugnis voraus. Die Verfügung, welche die Mitteilung zur Voraussetzung habe, könne schon begrifflich nicht durch diese Mitteilung wieder unmöglich gemacht werden.

Dabei wird jedoch (wie oben ausgeführt) übersehen, daß § 8 nur eine beschränkte Verfügungsbefugnis voraussetzt und die Wirkung der Mitteilung sich nur auf die weitergehenden Verfügungen bezieht. Wenn der Lokalbankier fremde Wertpapiere zur Verwahrung übersendet, so darf der Zentralbankier trotz Fremdmitteilung den Lokalbankier als Kommissionär ohne weiteres zum Abschluß eines Verwahrungsvertrags für befugt halten; eine weitere Befugnis darf er erst auf Grund besonderer weiterer Tatumstände (z. B. Zusicherung durch den Lokalbankier) annehmen.

Eine derartige Verteilung der Beweislast entspricht auch vollkommen der Interessenlage.

Der Kunde des Lokalbankiers wäre überhaupt nicht in der Lage, nachzuweisen, daß der Zentralbankier nicht gutgläubig gewesen ist, er kennt die Geschäftsbeziehungen der beiden Bankiers gar nicht. Die Schutzbestimmung des § 8 würde völlig illusorisch gemacht, wollte man dem Kunden die Beweislast aufbürden, da der Zentralbankier stets vorbringen wird, er sei gutgläubig gewesen und der Kunde diese Behauptung dann eben gelten lassen müßte, weil er nicht in der Lage wäre, den nötigen Gegenbeweis zu führen.

Es ist aber nicht zu verkennen, daß die Entscheidungen des Reichsgerichts geeignet waren, starke Beunruhigung in den Kreisen der Bankiers zu verursachen. Der Geschäftsverkehr wäre sehr erschwert, wenn man vom Zentralbankier verlangen würde, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob kein Anlaß vorhanden ist, der Behauptung des Lokalbankiers, er sei allgemein verfügungsberechtigt, zu mißtrauen. Diesen Bedenken hat das Reichsgericht aber dadurch Rechnung getragen, daß es den Begriff des guten Glaubens sehr weit auslegt. Es genügt, wenn der Zentralbankier auf Grund nicht veralteter Auskünfte dartun kann, daß der Lokalbankier zahlungsfähig ist, oder wenn es sich um alte Geschäftsbeziehungen handelt, die nicht zu Besorgnissen Anlaß gegeben haben [53]).

Die Wirksamkeit der Beschränkung der Rechte des Zentralbankiers darf aber nicht durch allzuweite Auslegung des Begriffs der „Forderungen die mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind" gehemmt werden. Nachdem das Reichsgericht über den Rahmen des § 8 Dep.Ges. hinaus die umgekehrte Beweislast anerkannt hatte und diesen für die beteiligten Banken sehr unbequemen Standpunkt durch weitherziges Entgegenkommen bei den Anforderungen an den guten Glauben wesentlich gemildert hatte, hat es nun neue-

[53]) RG. 117/95, Riesser, S. 232.

stens in Weiterverfolgung dieser mehr dem Bankier günstigen Tendenz die Schutzbestimmung des § 8 noch weiter ausgehöhlt. In RG. 133/187 = JW. 1931/3114 wird zwar die Umkehrung der Beweislast in den bisher anerkannten Grenzen ausdrücklich bestätigt, aber weiter ausgeführt, daß Forderungen, welche durch Gewährung eines Kredits entstanden sind, für dessen Sicherung Wertpapiere auf Grund besonderer, zwischen dem Verpfänder und dem Pfandnehmer abgeschlossener, Einzelverträge — im Gegensatz zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen — verpfändet wurden, mit Bezug auf diese Papiere entstanden seien, und daß es sich hier also um Rechte handle, die innerhalb des § 8 Dep.Ges. entstanden seien, die Beweislast demnach nicht umgekehrt werde. Das Ergebnis dieser Ansicht ist, daß die Sicherung des Kunden nur auf die Fälle beschränkt ist, in denen das Recht des Zentralbankier nicht durch Sonderabmachungen, sondern auf Grund der allgemeinen Geschäftsbedingungen oder kraft Gesetzes entstanden ist. Der vom RG. dem § 8 Abs. 2 unterlegte Sinn widerspricht vollständig dem Zweck des Gesetzes und dem natürlichen Sprachgebrauch, denn mit Bezug auf ein Wertpapier sind nur solche Forderungen entstanden, die in einer natürlichen, wirtschaftlichen Beziehung zu diesen stehen und aus den Papieren selbst heraus entstanden sind, wie dies bei Provisionen, Depotgebühren u. a. der Fall ist.

III. Die Stellung der Praxis zum Depotgesetz.

§ 15.

Durch die Vorschriften des § 8 waren die Zentralbankiers in eine schwierige Lage geraten. Die Durchführung dieser Bestimmung, wie sie sich der Gesetzgeber gedacht hatte, erwies sich als unmöglich im Bankbetrieb [54]). Die Papiere, die dem Zentralbankier als fremde bezeichnet wurden, konnten nicht allgemein als Sicherheit für seine Forderungen dienen. Jedes Wertpapier dieser Art haftete nur für ganz bestimmte Forderungen, die mit Bezug auf dieses entstanden waren. Wollte nun der Zentralbankier eine Kontrolle über seine Sicherheiten haben, so mußte er alle Forderungen getrennt verbuchen und die einzelnen Papiere dabei bezeichnen, sonst hätte er keine klare Übersicht gewinnen können und auch der Nachweis seiner Rechte wäre sehr erschwert, wenn nicht unmöglich, gewesen. Der Abrechnungsverkehr der Banken untereinander wäre durch ein solch umständliches Verfahren äußerst schwerfällig geworden. Aus diesem Grund hat die „Vereinigung von Berliner Banken und Bankiers" (sog. Stempelvereinigung) am 21. Juli 1896, also noch ehe das Gesetz in Kraft getreten ist, beschlossen:

54) Riesser. S. 222, Schumann, S. 48, Lampe, S. 40, Müller, S. 39.

„Im laufenden Geschäfte es abzulehnen, mehr als zwei Depotkonten anzulegen, und zwar das eine Konto (A) für diejenigen Effekten, welche dem Kommissionär für seine Ansprüche haften, das zweite Konto (B) für diejenigen Wertpapiere, welche nach § 8 des Gesetzes als fremde bezeichnet werden würden. Dabei soll der Kundschaft mitgeteilt werden, daß dieses zweite Konto (B) nicht geeignet sei, im laufenden Geschäfte als Kreditunterlage zu dienen, und zwar auch nicht für Forderungen, die aus den einzelnen Geschäften, speziell über diese fremden Wertpapiere herrühren."

Der Lokalbankier kann also im laufenden Geschäft auf Grund der fremden Papiere keinen Kredit beim Zentralbankier erhalten. Durch diese Maßnahmen waren nun allerdings die Gefahren für den Zentralbankier beseitigt, andererseit bedeuteten sie aber eine erhebliche Belastung des Lokalbankiers, der seinen Kunden zur Durchführung ihrer Kommissionsaufträge Kredit gewähren muß und diesen aus eigenen Mitteln beschaffen muß [55]). Dazu ist er aber meist nicht in der Lage, da er nicht über die beanspruchten Mittel verfügt. Der Lokalbankier mußte also nun notgedrungen suchen, sich von der Last der Fremdanzeige zu befreien; wenn deren Voraussetzungen vorliegen, m u ß er sie machen, denn sonst macht er sich nach § 9 Abs. 2 strafbar. Der einzige und naheliegende Ausweg war der, den Geschäftsverkehr mit dem Kunden so zu gestalten, daß eine Mitteilungspflicht gar nicht zur Entstehung kommt. Dazu stehen ihm, wie oben ausgeführt, verschiedene Mittel zu Verfügung [56]):

1. Die Ermächtigung gemäß § 2 Dep.Ges.
2. Die Ausführung von Einkaufs- und Verkaufskommissionen durch Selbsteintritt.
3. Ausführung der Geschäfte als Eigenhändler.
4. Vertragsmäßige Befreiung von der Mitteilungspflicht.

So wird nun heute von den Banken im gewöhnlichen Geschäftsverkehr keine Einkaufs- oder Verkaufskommission durch Weitergabe des Kommissionsauftrags erledigt; bei Geschäften in amtlich notierten Papieren erklärt der Bankier den Selbsteintritt und Geschäfte in amtlich nicht notierten Papieren werden im Wege des Eigenhandels erledigt [57]). Es bleiben also nur noch die Umtausch-, Bezugs- und Verwahrungskommission, bei denen aber die Möglichkeit einer Ermächtigung nach § 2 Dep.Ges. oder vertragsmäßiger Befreiung von der Mitteilungspflicht besteht.

IV. Der Einfluß der veränderten Praxis auf andere Schutzbestimmungen durch Selbsteintritt und Eigenhandel.

Durch die genannten Maßnahmen der Großbanken verliert der Kunde nicht nur den Schutz des § 8 Dep.Ges. in weitem Maße, es werden dadurch auch noch andere zivilrechtliche Schutzbestimmungen innerhalb und außerhalb

---

[55]) Riesser, S. 223,224.
[56]) Riesser, S. 224, Lampe, S. 41, Müller, S. 40, Sacks, S. 25.
[57]) siehe Anhang.

des Depot-Gesetzes außer Kraft gesetzt. Ehe daher die Stellung des Kunden im Konkurse des Lokalbankiers im einzelnen untersucht werden kann, muß diese weitere Einwirkung noch erörtert werden.

§ 16.

1. Die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses.

Nach § 3 Dep.Ges. hat der Einkaufskommissionär, der einen Auftrag ausgeführt hat, dem Kommittenten auf dessen Verlangen binnen einer Woche ein Verzeichnis der Stücke mit Angabe der Gattung, des Nennwertes, der Nummern oder sonstiger Bezeichnungsmerkmale (Nummern- oder Stückeverzeichnis) zu übersenden. § 7 Dep.Ges. bestimmt, daß mit Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergeht. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts, nach welchem der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, bleiben unberührt. Der Kommittent erwirbt bei der Einkaufskommission nicht unmittelbar das Eigentum an den in Ausführung der Kommission angeschafften Papieren. Dieser wird vielmehr zunächst selbst Eigentümer und muß die Papiere erst seinerseits wieder weiterübereignen, dazu ist er lediglich obligatorisch verpflichtet [58]).

Die Stellung des Kunden wäre wohl sehr gefestigt, wenn das Eigentum an den Papieren direkt auf ihn übergehen würde. Das ist möglich, wenn der Kommissionär beim Eigentumserwerb als direkter Stellvertreter seines Kunden auftritt, was aber irgendwie zum Ausdruck kommen muß. In der Regel schließt der Kommissionär mit dem Dritten aber in eigenem Namen ab. Auch in diesem Fall ist durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts ein direkter Eigentumsübergang auf den Kunden möglich. Der Lokalbankier kann mit dem Kunden vorher vereinbaren, daß die angeschaffen Wertpapiere mit Besitzerlangung durch den Bankier Eigentum des Kunden werden sollen und der Bankier diese Papiere als Besitzmittler für den Kunden auf Grund eines der im § 868 BGB. bestimmten Rechtsverhältnisse in Besitz nehmen soll. In diesem Fall erwirbt der Bankier unmittelbar für den Kunden Eigentum, soweit die Einigung über den Eigentumsübergang im Augenblick der Besitzerlangung durch den Bankier noch besteht [59]).

Ein solches constitutum possessorium kann auch nachträglich vereinbart werden, nachdem der Lokalbankier bereits Eigentümer geworden ist, das ist der regelmäßige Fall des § 930 BGB. [60]).

Da es sich hier auf Seiten des Lokalbankiers um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt — er ist aus dem Kommissionsvertrag zur Übereignung

---

[58]) Riesser, S. 143, Schlechtriem, S. 23, Müller, S. 21, RG.St. 47/43.

[59]) Schmidt-Rimpler, S. 933, Wolff Sachenrecht § 67 I, 2. Die früher zweifelhafte Frage, wurde durch das RG. auch neuestens in Band 135 S. 366 in diesem Sinne entschieden.

[60]) Schmidt-Rimpler a. a. O., Staub § 383 Anm. 33.

verpflichtet — kann er nach § 181 BGB. das Besitzkonstitut mit sich selbst abschließen. Erforderlich ist aber, daß die Einigung irgendwie nach außen kundbar gemacht wird, sei es durch getrennte Aufbewahrung in einem Umschlag, auf dem der Name des Kunden vermerkt ist, oder durch Mitteilung der Nummern der betreffenden Papiere an den Kunden, oder durch bloße Eintragung der Nummern in ein Nummernbuch auf den Namen des Kunden [61]).

Das Besitzmittlungsverhältnis muß aber in allen Fällen ausdrücklich vereinbart werden. Diese Vereinbarung liegt nicht schon in dem Kommissionsvertrag, der kein Rechtsverhältnis i. S. des § 868 BGB. ist [62]).

Ohne solche ganz bestimmte Vereinbarungen zwischen dem Lokalbankier und dem Kunden ist daher der unmittelbare Eigentumsübergang abzulehnen [63]). Das HGB. geht davon aus, daß zunächst der Kommissionär Eigentümer wird. Darauf weist § 397 HGB. hin, der gerade aus diesem Grund den Kommissionär besonders schützen und ihm ein Befriedigungsrecht auch dann geben will, wenn er noch kein Pfandrecht erlangt hat, weil er selbst noch Eigentümer ist. A. M. Rumpf Arch. f. ziv. Pr. 119, S. 110 u. ffe., der aus § 397 gerade einen direkten Eigentumsübergang entnehmen will. Das ist aber abzulehnen, denn die §§ 397 u. 398 HGB. geben dem Kommissionär am Kommissionsgut ein Pfandrecht gleichermaßen, ob er Eigentümer geworden ist oder nicht, der Kommissionär soll eben in beiden Fällen gleich geschützt werden. Über die Frage des Eigentumsübergangs ist damit noch nichts gesagt. Dieser ist ausschließlich nach den allgemeinen Bestimmungen des Eigentumsrechts des BG. und einschlägiger Vorschriften zu beurteilen. Gegen die Rumpf'sche Ansicht spricht ferner der § 7 Dep.Ges., der völlig überflüssig wäre, wenn der Kommittent unmittelbarer Eigentümer werden würde. Man darf nicht, wie Rumpf S. 114 es tut, die Kommissionsgeschäfte, die unter das Dep.Ges. fallen, bei der Frage des Eigentumsüberganges anders behandeln, als die übrigen Kommissionsgeschäfte; dafür sind keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. § 226 HGB. geht ebenfalls davon aus, daß der Kommissionär Eigentümer wird, da hier angenommen wird, daß Aktien, die im Wege einer Einkaufskommission erworben sind „eigene Aktien" sind.

Nach § 3 Abs. 2 Dep.Ges. kann sich der Kommissionär (Lokalbankier) das Recht ausbedingen, dem Kommittenten anstelle der Übersendung des Stückeverzeichnisses, den Herausgabeanspruch an eine zur Verwahrung bestimmte dritte Stelle abzutreten. Ein derartiger Vorbehalt kann formlos erfolgen und ist regelmäßig in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken enthalten [64]). Eine solche Stelle kann nicht jede beliebige sein, sondern nur eine vereinbarte oder durch Verkehrssitte allgemein anerkannte Stelle, wie die Effekten-Girobanken, deren erste die Bank des Berliner Kassenvereins war [65]). Zur Befreiung von der Pflicht zur Übersendung des Stücke-

[61]) Staub § 383 Anm. 33 a.
[62]) Schmidt-Rimpler, S. 934 Anm. 57.
[63]) Ruthe, S. 18, Breit C. V. Komm. S. 365 Anm. 125.
[64]) Riesser, S. 151.
[65]) Riesser a. a. O., Schumann, S. 13, Ruth, S. 33.

verzeichnisses genügt die Abtretung des gattungsmäßigen Herausgabeanspruchs[66]), nicht erforderlich ist, daß der abgetretene Anspruch auf individuell bestimmte Stücke geht.

Das Eigentum geht über mit Absendung des Stückeverzeichnisses, ohne daß dieses dem Kunden zugeht, sein Wille spielt also keine Rolle. Diese Wirkung hat das Stückeverzeichnis auch dann, wenn seine Absendung nicht in Erfüllung der im § 3 Dep.Ges. bestimmten Pflicht erfolgt[67]). Staub a. a. O. lehnt jedoch im letzteren Fall die eigentumsübertragende Wirkung des Stückeverzeichnisses ab, m. E. zu Unrecht, denn § 7 Dep.Ges. spricht nur ganz allgemein vom Stückeverzeichnis. Staub stützt seine abweichende Meinung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts B.A. 12/302, wo es sich um die Frage handelt, ob die Stimmkarte zu einer Generalversammlung als Stückeverzeichnis anzusehen ist.

Der Eigentumsübergang erfolgt auch bei Papieren, zu deren rechtsgeschäftlicher Übertragung es besonderer Formen bedarf, z. B. Orderpapiere ohne Indossament. Ist zur Übertragung noch die Zustimmung Dritter nötig, so wird dieses Erfordernis durch das Stückeverzeichnis nicht beseitigt. Erfolgt nachträglich die Zustimmung, so wird der Eigentumsübergang rückwirkend im Augenblick der Absendung des Stückeverzeichnisses wirksam[68]).

Riesser und Staub lehnen zwar hier den Eigentumsübergang ebenfalls ab, wollen aber dem Kunden trotzdem ein sog. „persönliches" Aussonderungsrecht im Konkurs des Lokalbankiers auf Grund des Lieferungsanspruchs des Kunden geben. Das ist aber nicht möglich, denn der Lokalbankier ist dem Kunden gegenüber schuldrechtlich zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet, nicht zu bloßer Herausgabe der Papiere. Bei einem derartigen Verschaffungsanspruch besteht im Gegensatz zu einem Herausgabeanspruch, z. B. aus Leihe, weder ein dingliches noch ein persönliches Aussonderungsrecht[69]).

Der Wortlaut des § 7 bietet keinen Anhaltspunkt dafür, in diesen Fällen nach erfolgter Zustimmung des Zustimmungspflichtigen den Eigentumsübergang auszuschließen. Durch einen solchen Ausschluß würde die Schutzwirkung des § 7 wesentlich eingeschränkt.

Das Stückeverzeichnis hat diese Wirkungen aber nur „soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist". Der Kunde erwirbt also kein Eigentum, wenn der Bankier aus irgend einem Grund nicht über die im Stückeverzeichnis aufgeführten Papiere verfügen darf; ein gutgläubiger Erwerb durch den Kunden ist hier ausgeschlossen[70]).

Häufig kommt es vor, daß der Bankier die Papiere unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises erworben hat[71]). Durch diesen Vor-

[66]) Riesser, S. 152, Schlechtriem, S. 51.
[67]) Riesser, S. 155, Anm. 1, Wolff Handb. S. 35, Schlechtriem, S. 33, a. M. Staub, Anh. zu § 424 Anm. 100.
[68]) Wolff Handbuch S. 36, Schmidt-Rimpler, S. 953. a. M. Riesser, S. 156, Staub Anh. zu § 424 Anm. 98.
[69]) Jäger KO. § 43 Anm. 4, RG. 116/366.
[70]) Riesser, S. 159, Staub a. a. O. Anm. 100, Schlechtriem. S. 36.
[71]) Vgl. Schütz BA. 23, S. 132/34.

behalt erwirbt er lediglich ein „aufschiebend bedingtes Eigentum", Bedingung ist die Zahlung des Kaufpreises. Er ist nicht behindert, über die Papiere zu verfügen, jedoch nicht unbeschränkt. Er kann das Eigentum nur so weiter übertragen, wie er es selbst inne hat, nämlich aufschiebend bedingt. Sind nun in dem Stückeverzeichnis Papiere enthalten, die mit einem solchen Eigentumsvorbehalt belastet sind, so geht nach § 7 Dep.Ges. das Eigentum nur insoweit auf den Kunden über, als der Kommissionär zu verfügen berechtigt ist; der Kunde erwirbt also ebenfalls „aufschiebend bedingtes Eigentum". Riesser S. 159 übersieht, daß es in § 7 „soweit" heißt und nicht „wenn" der Einkaufskommissionär zu verfügen berechtigt ist. Tritt nun die Bedingung ein, d. h. wird der Kaufpreis bezahlt, so wird der Kunde dadurch rückwirkend Eigentümer [72]).

Das Gesetz hat die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses ausdrücklich nur für den Einkaufskommissionär bestimmt. Doch gilt diese Pflicht auch, wenn der Kommissionär zur Zeichnung einer Anleihe beauftragt wird, denn der Tatbestand der Anleihezeichnung stimmt mit dem einer Einkaufskommission so weitgehend überein, daß der § 3 Dep.Ges. auf ihn Anwendung finden muß [73]). § 3 verlangt weiter, daß der Kommissionär einen Auftrag zum Einkauf von Wertpapieren ausführt. Es muß also ein Kommissionsauftrag vorliegen, wobei es unerheblich ist, ob dieser durch Weitergabe des Auftrags oder durch Selbsteintritt ausgeführt wird. Beim Selbsteintritt bleibt das Kommissionsverhältnis als solches und die dem Kommissionär obliegenden Pflichten bestehen, auch die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses [74]).

Dagegen bezieht sich § 3 nach seinem klaren Wortlaut nicht auf Eigenhandelsgeschäfte. Dadurch wird ein sehr weites Gebiet des Effektenhandels dem Schutz des § 7 Dep.Ges. entzogen. Es können grundsätzlich alle Wertpapiere im Wege des Eigenhandels angeschafft werden, bestimmte Gattungen werden sogar ausschließlich in dieser Weise gehandelt: Kuxe, amtlich nicht notierte Wertpapiere, Bohranteile, Kolonialanteile u. a. [75]). In allen diesen Fällen besteht auf Grund unmittelbarer Anwendung des § 3 Dep.Ges. keine Pflicht zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses [76]).

Nun darf man aber nicht verkennen, daß beide Arten von Geschäften, Kommission und Eigenhandel sich in wirtschaftlicher Hinsicht nur wenig voneinander unterscheiden. Der Grundgedanke des Gesetzes ist, die Eigentumsver-

---

[72]) So im Ergebnis auch Riesser, S. 159 Anm. 2, Staub a. a. O. Anm. 100 a.

[73]) Schmidt-Rimpler, S. 944, RG. 104/119 u. ff., vgl. auch Ruth, S. 36 Anm. 1 und das eben da angeführte Tschecho-slowakische Dep.Ges. § 5, in dem die Pflicht zur Übersendung des St.V. auch bei Zeichnung von Wertpapieren bestimmt wird.

[74]) Riesser, S. 147, Schmidt-Rimpler, S. 944, Breit C.V.Komm. S. 369 Anl. 149, RG. 106/303 = B.A. 22/182.

[75]) Riesser, S. 168 RG.BA. 26/184.

[76]) Riesser, S. 169, Schumann, S. 17, Nußbaum, S. 72.

hältnisse an den Papieren möglichst bald und sicher klarzustellen. Das Bedürfnis nach solcher Klarstellung besteht beim Eigenhandel gleichermaßen wie bei der Kommission. Der Umkreis der Fälle, auf die § 3 anzuwenden ist, wird nicht durch zweifelhafte rechtliche Konstruktionen bestimmt, sondern dadurch, ob die Sachlage ihrem Wesen nach, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht denjenigen Charakter aufweist, den § 3 treffen wollte[77]). Aus diesen Erwägungen heraus liegt es nahe, an eine analoge Anwendung der § 3 und 7 Dep.Ges. auf den Eigenhandel zu denken[78]), nachdem wegen des klaren Wortlautes eine unmittelbare Anwendung nicht möglich ist. Das Reichsgericht hat seine Stellung zur analogen Anwendung des § 3 gewechselt. Nachdem es in der Entscheidung 106/303 eine solche für zulässig erklärt hat, wird dies in der Entscheidung B.A. 26/184 wieder abgelehnt und dahingehend berichtigt, daß der Käufer zwar beim Eigenhandel grundsätzlich auch die Nummernaufgabe verlangen kann, jedoch nicht auf Grund der Bestimmungen des Dep.Ges., sondern nach allgemeinen Grundsätzen, als Folge seines Rechts auf Verschaffung von Eigentum und Besitz, in Anlehnung an die von Nußbaum L.Z. 1911/898 ausgesprochenen Gedanken. Die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses ist beim Eigenhandel als sog. „Hauptverpflichtung" anzusehen, deren Verletzung den Kunden zum Rücktritt nach § 326 BGB. berechtigt. (R.G.B.A. 29/409.)

§ 17.

2. Das Konkursvorrecht des § 7 a Dep.Ges.

Seit der Verordnung vom 21. 11. 1923 ist der Kommissionär nur noch auf Verlangen des Kommittenten zur Nummernaufgabe verpflichtet. Hätte sich die Verordnung auf diese Bestimmung beschränkt, so wäre der Kunde, der in Unkenntnis der Rechtsordnung dieses Verlangen nicht gestellt hätte und auch nicht auf andere Weise Eigentümer der Papiere geworden wäre, im Konkurs des Kommissionärs (Lokalbankiers) auf eine gewöhnliche Konkursforderung angewiesen gewesen. Um diese Härte zu mildern, hat die Verordnung das Konkursvorrecht des § 7 a geschaffen. Darnach geht im Konkurs des Einkaufskommissionärs in Ansehung der Befriedigung aus den in der Masse vorhandenen Wertpapieren gleicher Art und aus den Ansprüchen auf Lieferung solcher Wertpapiere, die Forderung des Kommittenten den Forderungen aller anderen Konkursgläubiger vor, sofern bei Konkurseröffnung der Kommittent die ihm dem Kommissionär gegenüber obliegenden Pflichten vollständig erfüllt hat, ohne daß die einzukaufenden Wertpapiere bis zu diesem Zeitpunkt durch Übersendung des Stückeverzeichnisses oder auf andere Weise in das Eigentum des Kommittenten übergegangen sind. Nach dem klaren Wortlaut des § 7 a besteht das Vorrecht nur beim Verhältnis von

[77]) RG. 104/120, Stenglein, S. 87 Anm. 2.
[78]) Ruth, S. 17 und ff, Schmidt-Rimpler, S. 944, RG. 106/303.

Kommittent und Kommissionär, also nur bei der Einkaufskommission, nicht aber beim Eigenhandel [79]).

Der Kunde hat das Vorrecht nur, wenn er die ihm dem Lokalbankier gegenüber obliegenden Pflichten erfüllt hat. Er muß diejenigen Pflichten erfüllt haben, die aus dem Kommissionsgeschäft entstanden sind, das die betreffenden Papiere zum Gegenstand hat, hinsichtlich derer das Vorrecht entstehen soll. Es ist unerheblich, ob außerhalb dieses Kommissionsgeschäfts aus anderen Geschäftsbeziehungen z. B. Kommissionsgeschäften über andere Wertpapiere der Kunde noch Schulden an den Lokalbankier hat. Der Bankier kann, solange der Kunde seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat, die Übersendung des Stückeverzeichnisses verweigern (Zurückbehaltungsrecht)[80]).

In diesem Fall ist aber nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes der Begriff der vollständigen Erfüllung ein anderer als in § 7 a Dep.Ges., man darf nicht, wie Schumann Seite 14 es tut, beide Fälle gleichstellen, denn nach § 320 BGB. hat der Bankier das Zurückbehaltungsrecht nur soweit dessen Geltendmachung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen würde, insbesondere nicht bei Geringfügigkeit der Restschuld. Hier soll der eine Vertragsteil gegen das Verlangen zur Vorleistung, soweit dieses unbillig ist, geschützt werden. Eine solche Interessenabwägung besteht aber beim § 7 a Dep.Ges. nicht, hier verlangt das Gesetz „vollständige Erfüllung"; der Kunde darf also nicht den gegeringsten Rest mehr schuldig sein. Hat der Bankier dem Kunden einen regelrechten Kredit eingeräumt und der Kunde innerhalb dieses Kredits die für ihn gekauften Papiere nicht bezahlt, so war der Kunde infolge des Kreditvertrages gar nicht verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen, und hat also aus dem Kommissionsgeschäft insoweit keine Verpflichtung. Was er dem Bankier schuldet, schuldet er nicht aus dem Kommissionsgeschäft, sondern aus dem Kreditvertrag. Das entspricht nicht nur der Billigkeit, sondern ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes, das verlangt, daß der Kommittent „bei einem Kommissionsgeschäft" die ihm obliegenden Pflichten vollständig erfüllt haben muß [81]). Eine solche Krediteinräumung liegt aber nicht schon in jedem Hinausschieben der Fälligkeit der Forderung, wenn z. B. der Bankier Zahlung verlangt und der Kunde ihn auf einen späteren Termin vertröstet. Man muß hier einen eindeutigen Kreditvertrag verlangen.

Wenn zwischen den Parteien ein Konto-Korrent-Verhältnis besteht, verursacht die Feststellung, ob und wann vollständig erfüllt ist, einige Schwierigkeit, weil im Konto-Korrent gewöhnlich nicht nur Belastungen aus Kommissionsgeschäften enthalten sind und die Gutschriften und Zahlungen regelmäßig nicht für jedes einzelne Kommissionsgeschäft bestimmt sind, sondern mit Rücksicht auf den jeweiligen Saldo erfolgen. Der Kunde hat vollständig erfüllt, wenn sich für ihn kein Soll-Saldo ergibt. Maßgebend ist aber nicht

---

[79]) Riesser, S. 179, Schumann, S. 17, Stenglein II, S. 91 Anm. 3.
[80]) Riesser, S. 153, Schumann, S. 13, Staub a. a. O. Anm. 89, RG. BA. 26/398.
[81]) Schlechtriem, S. 55.

der Saldo am Ende der Abrechnungsperiode oder zur Zeit der Konkurseröffnung, sondern zunächst einmal der Saldo zur Zeit der Verbuchung der Belastung aus dem Kommissionsgeschäft. Besteht zu diesem Zeitpunkt kein Soll-Saldo, so hat der Kunde vollständig erfüllt, ohne Rücksicht auf spätere Belastungen aus anderen Geschäften durch die ein Soll-Saldo entsteht [82]). Man muß aber nach dieser Richtung noch weiter gehen. Besteht zwar zur Zeit der Belastung aus dem Kommissionsgeschäft ein Soll-Saldo und wird dieser irgend einmal vor Konkurs-Eröffnung ausgeglichen, dann hat der Kunde das Vorrecht des § 7 a, wenn auch später wieder ein Soll-Saldo entstehen sollte. Man darf also weder nur den Saldo zur Zeit der Verbuchung noch denjenigen zur Zeit der Konkurseröffnung zugrunde legen, sondern muß sämtliche Zwischensaldi zwischen diesen beiden Terminen untersuchen, nach dem Prinzip der „stetigen Aufrechnung" wie dieses auch für die Frage der Sicherheit nach § 356 BGB. angenommen wird [83]).

Auch bei solcher Differenzierung könnten sich für den Kunden noch erhebliche Unbilligkeiten ergeben. Wird ein Auftrag zum Kauf einer größeren Anzahl von Wertpapieren ausgeführt und hat der Kunde einen Teil des Kaufpreises bezahlt, der zwar nicht dem ganzen Auftrag, aber doch dem Preis einiger Stücke entspricht, so hat der Kunde hinsichtlich so vieler Stücke erfüllt und genießt damit das Vorrecht des § 7 a insoweit, als eben die Teilzahlung ausreicht [84]). Sehr bestritten ist, ob eine Anrechnung der Zahlungen gem. § 366 BGB. auch bei Bestehen eines Kontokorrentverhältnisses stattfindet [85]). Eine solche Anrechnung ist aber abzulehnen, da sie mit dem Wesen des Kontokorrent nicht vereinbar ist. das ja gerade darin besteht, daß nicht die einzelnen Posten gegenseitig verrechnet werden. Nachdem man die Erfüllung nicht des ganzen Auftrags sondern nur bzgl. einzelner Stücke verlangt, werden die von Schütz und Schlechtriem a. a. O. befürchteten Unbilligkeiten zum größten Teil beseitigt [86]).

Eine weitergehende Wirkung des Kontokorrents, nach der die durch Saldoziehung bewirkte Novation der Erfüllung gleichzustellen wäre, wie Schumann S. 15 sie verlangt, ist aber abzulehnen, denn durch die Einstellung einer Forderung ins Kontokorrent tritt keine Novation ein, durch welche die Forderung untergeht, diese besteht nach wie vor weiter und es treten lediglich die in den §§ 355 HGB. bestimmten Folgen (Ausschluß der selbständigen Geltendmachung und Pfändung, Fortbestand der Sicherheiten) ein [87]).

Eine weitere Voraussetzung ist, daß bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Kunde noch nicht Eigentümer der Papiere geworden ist. Ist er aber

---

[82]) Schlechtriem, S. 58.
[83]) Göckeler, S. 16.
[84]) Schlechtriem, S. 57, ähnl. Stenglein II, S. 91 Anm. 2 a.
[85]) Schütz BA. 23, S. 131, Schlechtriem, S. 55.
[86]) Riesser, S. 170 Anm. 1, Staub Anh. zu § 424 Anm. 106.
[87]) Staub § 355 Anm. 5.

einmal Eigentümer geworden, so entsteht für ihn das Vorrecht auch nicht, wenn er später das Eigentum wieder verloren hat [88]).

Die Übersendung des Stückeverzeichnisses allein schließt das Vorrecht nicht aus, das ist erst der Fall, wenn durch die Übersendung auch tatsächlich das Eigentum übergegangen ist.

Inhalt des Vorrechts.

Der Kommittent hat ein Vorrecht an den „in der Masse vorhandenen" Wertpapieren gleicher Gattung; das sind aber nicht alle Papiere, die in dem Besitz des Bankiers vorhanden sind und nicht nur solche, sondern diejenigen Wertpapiere die im Eigentum des Lokalbankiers stehen, gleichgültig, wer sie in Verwahrung hat. Es ist gleichgültig, aus welchem Grund die Papiere in die Masse gelangt sind, ob sie der Gemeinschuldner angeschafft hat, um sie für sich selbst zu behalten oder in Ausführung eines Kommissionsauftrages [89]). Erforderlich ist jedoch, daß der Bankier wirklicher Eigentümer geworden ist; Papiere die dem Bankier als Treuhänder anvertraut sind, fallen nicht unter das Vorrecht und unterliegen einem Aussonderungsrecht des wahren Eigentümers [90]). Das Vorrecht umfaßt aber nicht nur gleichartige Wertpapiere, sondern auch „die Ansprüche auf Lieferung solcher Papiere", wobei es wiederum gleichgültig ist, aus welchem Rechtsgrund und zu welchem Zweck der Bankier diese Ansprüche erworben hat. Solche Ansprüche können sein: Miteigentumsrechte an dem Sammeldepot einer Effektengirobank, schuldrechtliche Ansprüche gegen andere Banken auf Lieferung von Wertpapieren, Ansprüche gegen andere Kunden, die als Kommittenten einer Verkaufskommission oder als Verkäufer beim Eigenhandel die verkauften Papiere noch nicht geliefert haben, Ansprüche aus uneigentlicher Verwahrung (Gutschrift auf Stückekonto) [91]).

Treten an die Stelle der Lieferungsansprüche Geldforderungen, so fallen diese unter das Vorrecht, z. B. Übergang des Lieferungs-Anspruchs in einen Differenzanspruch beim Fixgeschäft § 18 KO. [92]).

An diesen Sondermassen haben die betreffenden Kunden ein Vorrecht nur soweit es sich um gleichartige Papiere handelt. Ein Kunde der X-Aktien zu fordern hat, kann keine Befriedigung aus den in der Masse befindlichen Y-Aktien verlangen. Wenn keine solchen gleichartigen Papiere in der Masse vorhanden sind, geht der Kunde eben leer aus. Die Forderungen der Kunden gehen den Forderungen aller anderen Konkursgläubigern vor, also nur den in §§ 61 u. f. KO. genannten Konkursforderungen, nicht aber den Masse-

---

[88]) Riesser, S. 177, Staub a. a. O. Anm. 103, Jäger, Neuerungen S. 27, Mentzel, S. 316, Schumann, S. 16.
[89]) Jäger, Neuerungen S. 24, Schumann, S. 19.
[90]) Jäger, a. a. O., Schumannn a. a. O., Riesser S. 175 Anm. 4.
[91]) Jäger, Neuerungen S. 25, Schumann, S. 20, Riesser, S. 176.
[92]) Riesser a. a. O., Schumann. 22, Jäger a. a. O., Schlechtriem, S. 59.

gläubigern (Massekosten und Masseschulden). Obwohl das Gesetz nichts bestimmt hat, muß man aber als dem Sinn des Vorrechts entsprechend annehmen, daß der Konkursverwalter nach Möglichkeit die Massegläubiger aus der allgemeinen Masse und nicht aus der Sondermasse § 7 a Dep.Ges. befriedigt. Umgekehrt entspricht es der Billigkeit, daß Massekosten und Masseschulden die aus den Sondermassen entstanden sind, auch von diesen getragen werden [93]).

Die Kunden müssen alle an den Papieren und gegen die Ansprüche bestehenden Rechte genau so gegen sich gelten lassen, wie diese dem Gemeinschuldner gegenüber bestehen, z. B. Absonderungsrechte gemäß § 47 u. ff. KO. auf Grund von Pfandrechten aller Art, Zurückbehaltungsrechte u. a. Bei Lieferungsansprüchen gegen einen Zentralbankier ist zu beachten, ob diese Rechte nicht durch eine Fremdanzeige nach § 8 Dep.Ges. beschränkt worden sind. Möglich ist auch eine Aufrechnung durch den Effektenschuldner, gemäß §§ 53 und 54 KO.

Zur rechtlichen Natur dieses Vorrechts kann hier nur kurz erwähnt werden, daß es sich weder um ein Absonderungrecht noch um um Aussonderungsrecht handelt, auch nicht um eine Art von solchen Rechten, es ist vielmehr ein privilegiertes Konkursgläubigerrecht; der Kommittent bleibt Konkursgläubiger und muß seine Forderung den allgemeinen Vorschriften gemäß als Geldforderung anmelden [94]).

(Über das Verfahren vgl. Schumann, S. 30—38.)

Die Befriedigung des Kunden erfolgt nach dem Grundsatz der Konkursordnung stets in Geld und nie durch Verteilung der Stücke [95]).

Vor Konkurseröffnung bestehen keinerlei Rechtsbeziehungen, weder dingliche noch persönliche der Kunden zu den die Sondermassen bildenden Papieren. Der Bankier kann bis zum Augenblick der Konkurseröffnung frei darüber verfügen und es bleibt dem Zufall überlassen, ob sich im entscheidenden Augenblick gleichartige Papiere in der Masse befinden. Die Gegenleistung für veräußerte Papiere tritt nicht an deren Stelle.

Ähnliche Vorrechte sind im Hypothekenbankgesetz vom 13. Juli 1899 § 35 und im Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 §§ 61 und 62 enthalten. Diese Vorrechte unterscheiden sich jedoch wesentlich von dem Recht des § 7 a Dep.Ges dadurch, daß die Entstehung der Sondermassen nicht dem Zufall überlassen bleibt, sondern daß solche bereits vor Konkurseröffnung jederzeit in ihrem Umfang genau bestimmbar sind und besonderen gesetzlichen Schutz genießen.

---

[93]) Riesser, S. 178, Mentzel, S. 317, Schumann, S. 33.
[94]) Riesser, S. 171, Jäger, S. 28 und ff., Mentzel, S. 317, Schumann, S. 29.
[95]) Riesser a. a. O., Jäger, S. 29, a. M. Staub Anh. zu § 424 Anm. 108.

3. Das Aussonderungsrecht des Kommittenten nach § 392 Abs. 2 HGB.

Zwischen dem Kunden und dem Zentralbankier, mit dem der Lokalbankier als Kommissionär abschließt, entstehen keine direkten Rechtsbeziehungen. Der Einkaufskommissionär (Lokalbankier) wird zunächst Eigentümer der ihm gelieferten Papiere, der Verkaufskommissionär wird Eigentümer des Erlöses. Das HGB. hat dem Kommittenten in § 392 Abs. 2 im Konkurs des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht an dessen noch ausstehenden Forderungen aus dem Kommissionsgeschäft gegeben. Für die Beurteilung der Stellung des Kunden im Konkurs des Lokalbankiers ist es sehr wesentlich, daß auch dieses Recht, genau wie die Schutzbestimmungen des Depotgesetzes, infolge der (durch die Vorschriften § 8 Dep.Ges. begünstigten) Strukturwandlung der Bankgeschäfte durch Zurückdrängung der eigentlichen Kommission zugunsten des Eigenhandels bei einem großen Teil der Bankgeschäfte gegenstandslos geworden ist. Der Kunde muß nicht nur die Vorteile des Depot- Gesetzes entbehren, sondern noch darüber hinaus das Aussonderungsrecht des § 392 HGB.

Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner des Kommissionärs gegenüber erst nach Abtretung geltend machen, § 392 Abs. 1 HGB. Daran wird auch durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Kommissionärs nichts geändert, die Forderungen gehen nicht etwa kraft Gesetzes auf den Kommittenten über [96]), diese gelten vielmehr nur im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten, nicht aber dem Schuldner gegenüber. Der Kommittent kann im Wege der Aussonderung die Abtretung der Forderungen verlangen. Solange die Abtretung nicht erfolgt ist, steht die Forderung immer noch dem Kommissionär zu und kann der Schuldner mit befreiender Wirkung, unter den Voraussetzungen des § 407 BGB. sogar noch nach erfolgter Aussonderung, an den Kommissionär, leisten [97]).

Unter § 392 fallen alle Forderungen, die der Kommissionär aus dem Ausführungsgeschäft gegen den Dritten hat, also Ansprüche auf Übergabe der Papiere und Eigentumsverschaffung, Gewährleistungsansprüche, Schadensersatzansprüche wegen Verzugs oder Unmöglichkeit der Leistung, die Kaufpreisforderung bei der Verkaufskommission u. a. § 392 erhält seine besondere Bedeutung dadurch, daß die Forderungen des Kommissionärs im Konkurs auch dessen Gläubigern gegenüber als solche des Kommittenten gelten, also als nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörige Gegenstände im Sinne des § 43 KO. Gegenstände im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Sachen, sondern auch Rechte [98]), daher kann der Kommittent die Forderungen nach § 43 KO. aussondern. Hat aber der Dritte bereits vor Konkurs-

[96]) Jäger KO. § 43 Anm. 48, Petzke. S. 28.
[97]) Jäger a. a. O.
[98]) Jäger KO. S. 654 Anm. 7, Mentzel, S. 228 Anm. 3, Petzke, S. 29.

eröffnung erfüllt, so besteht kein Aussonderungsrecht mehr, auch wenn der geleistete Gegenstand noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist; der Kommittent hat dann nur eine gewöhnliche Konkursforderung [99]).

§ 392 HGB. bezieht sich jedoch nicht auf alle ausstehenden Forderungen des Lokalbankiers, sondern nur auf „Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat". Es muß sich also um Forderungen handeln, die der Lokalbankier als Kommissionär, d. h. in Ausführung einer Kommission erworben hat, also nur Forderungen, die der Lokalbankier aus dem „Ausführungsgeschäft" erlangt hat. Ist das Geschäft aber nicht als Ausführungsgeschäft für Rechnung des Kunden abgeschlossen worden, sondern für eigene Rechnung des Lokalbankiers, so besteht kein Aussonderungsrecht [100]).

Durch die wirksame Ausübung des Selbsteintrittsrechts führt der Lokalbankier ein Rechtsverhältnis herbei, kraft dessen er die Papiere, die er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern und die Papiere, die er verkaufen soll, selbst als Käufer zu übernehmen hat, wobei er dann dem Kunden gegenüber auf eigene Rechnung handelt und auch das sog. Deckungsgeschäft nicht für Rechnung des Kunden ausführt, sondern für eigene Rechnung.

Dem Kunden des Lokalbankiers wird daher regelmäßig ein Aussonderungsrecht nach § 392 HGB. nicht zustehen, da Effektengeschäfte entweder in der Form des Selbsteintritts oder des Eigenhandels ausgeführt werden.

Nun sind aber die wirtschaftlichen Beziehungen des Kunden zu den betreffenden Papieren und ist dessen Schutzbedürfnis nicht geringer, wenn sich die Papiere bereits in der Hand des Lokalbankiers befinden; die Papiere sind ja dann, bildlich gesprochen, dem Kunden näher gerückt. Aus diesen Gründen wurde die Beschränkung des § 392 auf ausstehende Forderungen vielfach angegriffen [101]). Eine ganze Anzahl von Schriftstellern glaubt bereits de lege lata dem § 392 HGB. eine weitergehende Wirkung beilegen zu können. Wie bereits ausgeführt, wird in der Regel der Lokalbankier Eigentümer der an ihn geleisteten Papiere; verschiedentlich wird versucht, eine Erweiterung der Aussonderungsrechte des Kommittenten zu erreichen, durch Annahme eines generellen direkten Eigentumsübergangs auf den Kommittenten [102]), das ist aber abzulehnen (siehe oben).

Andere glauben, den § 392 Abs. 2 auch nach Erfüllung wenigstens analog anwenden zu können, so insbesondere neuestens Schmidt-Rimpler S. 938 u. ffe., der ausführt, der Billigkeitsgrund, der die Rechtsfolge bei Forderungen rechtfertige, daß diese von vornherein als rechtlich für den Kommit-

---

[99]) Jäger KO. § 43 Anm. 50, § 46 Anm. 14. Mentzel, S. 227, Nußbaum, S. 40, v. Werthern, S. 57.

[100]) Schmidt-Rimpler, S. 910, Düringer-Hachenburg § 392 Anm. 3 u. 6, unbestimmt Staub § 383 Anm. 28, § 392 Anm. 1 u. 4, RG. 96/8 hat die Frage unentschieden gelassen, deutet aber auf die obige Ansicht hin.

[101]) Vgl. Jäger § 43 Anm. 49 und die dort zit., Nußbaum, S. 40 Anm. 5.

[102]) z. B. Wüstendörfer Arch. f. ziv. Pr. 110/364, Petri daselbst Bd 111/359, Jung Zeitschr. f. d. ges. HR. 47/183.

tenten bestimmte erworben seien, treffe auch für Sachenrechte zu, die der Kommissionär auf Grund des Ausführungsgeschäfts erworben habe. Wenn das Gesetz diese Rechtsfolge bei den Sachenrechten nicht wie bei den Forderungen ausdrücklich bestimmt habe, so ergebe sich daraus nicht, daß eine analoge Anwendung ausgeschlossen sei, der Gesetzgeber habe sich eben bzgl. der Sachenrechte nicht binden wollen und die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis überlassen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß das Gesetz ausdrücklich nur von Forderungen spricht und kein Anhaltspunkt dafür vorhanden ist, daß es das Aussonderungsrecht des Kommittenten insoweit nicht abschließend regeln wollte. Schmidt-Rimpler führt weiter aus, der Kommittent sei praktisch vielfach genötigt, das Gut durch die Hände des Kommissionärs gehen zu lassen, es liege also keine freie Handlung des Kommittenten vor, weshalb es der Interessenlage entspreche, daß der Kommittent auch bei Sachenrechten besonders geschützt werde. Bei Abwägung dieser Interessen ist aber zu beachten, daß es dem Kunden ja freigestellt ist, sich einen vertrauenswürdigen Kommissionär auszusuchen, bei dem er die Gewähr hat, daß die Verpflichtungen aus dem Kommissionsvertrag erfüllt werden. Die Ansicht Schmidt-Rimplers mag de lege ferenda zu billigen sein, ist aber de lege lata entgegen dem klaren Wortlaut von § 392 HGB. nicht möglich [103]).

Günstiger ist die Lage für den Kommittenten, wenn der Dritte erst nach Konkurseröffnung zur Masse geleistet hat, dann kann er den geleisteten Gegenstand, wenn er noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist, im Wege der Ersatzaussonderung nach § 46 KO. verlangen.

Wenn solche Gegenstände, die eigentlich der Ersatzaussonderung unterliegen würden, nicht mehr unterscheidbar sind und eine Aussonderung daher nicht möglich ist, so ist die Masse dadurch grundlos bereichert, der Kommittent hat in diesem Fall einen Masseanspruch nach § 59 Nr. 3 der KO. [104]).

V. Die Auswirkung der Schutzbestimmungen im Konkurs des Lokalbankiers.

§ 19.

1. Verkaufskommission.

Die Papiere liegen noch beim Lokalbankier.

Der Kunde, der dem Bankier einen Verkaufskommissionsauftrag erteilt, wird in der Regel gleichzeitig dem Bankier die zu verkaufenden Papiere übergeben oder ihn anweisen, dieselben seinem etwaigen Depot zu entnehmen.

---

[103]) Petzke, S. 37 u. ffe., von Werthern, S. 60.
[104]) Jäger KO. § 43 Anm. 50, 51, Mentzel, S. 227, Petzke, S. 38 u. ffe., von Werthern, S. 51 u. ffe.

Dadurch wird aber gewöhnlich der Bankier noch nicht Eigentümer der Papiere; das ist auch gar nicht erforderlich, denn bei Erteilung des Auftrags ist noch nicht sicher, ob er überhaupt ausgeführt werden kann. Der Lokalbankier kann den Auftrag auch weitergeben, ohne daß er Eigentümer der Papiere geworden ist. Der Zweck der Übergabe ist nur, dem Bankier die Möglichkeit zu geben, seinen Verpflichtungen aus dem Ausführungsgeschäft dem Dritten gegenüber nachkommen zu können [105]).

Fällt nun der Lokalbankier in Konkurs, bevor er die Papiere veräußert hat, so gehören diese nicht dem Gemeinschuldner, der Kunde hat vielmehr ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO.

Der Bankier ist nach § 1 Dep.Ges. verpflichtet, die Papiere erkennbar getrennt von eigenen Beständen und solchen Dritter zu verwahren und die Papiere in ein Handelsbuch, nach Gattung und Nennwert bezeichnet, einzutragen. Tut er das nicht, sondern vermischt er diese ununterscheidbar mit gleichartigen Papieren, so geht dadurch das Aussonderungsrecht des Kunden nicht verloren, dieser wird vielmehr nach §§ 947, 948 BGB. Miteigentümer nach dem Verhältnis des Werts der Papiere. § 947 Abs. 2 BGB. kommt hier nicht zum Zuge, da für die Beurteilung der Frage, ob eine Sache als Hauptsache anzusehen ist, nicht das Wertverhältnis entscheidet, sondern die Verkehrsanschauung. Man kann nicht eine größere Menge Aktien einer einzelnen Aktie gegenüber als Hauptsache bezeichnen [106]).

Ist die Vermischung mit Papieren des Bankiers erfolgt, dann kann der Kunde Aussonderung im Wege des § 16 KO. durch Auseinandersetzung außerhalb des Konkurses verlangen. Ist die Vermischung mit Papieren Dritter erfolgt, so kann er nach § 1011 BGB. den Aussonderungsanspruch der Miteigentümer geltend machen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligten bei der Übergabe den sofortigen Eigentumsübergang gewollt und vereinbart haben, in der Regel ist das aber nicht anzunehmen. In diesem Fall ist der Kunde auf eine gewöhnliche Konkursforderung beschränkt und muß sich mit der Konkursquote begnügen. Das Vorrecht des § 7 a Dep.Ges. steht dem Kunden hier nicht zu, selbst wenn er einen Anspruch auf Rückgabe der Papiere hätte, etwa weil das Kommissionsgeschäft nicht ausgeführt wurde, denn § 7 a Dep.Ges. ist auf die Ansprüche aus einer Einkaufskommission beschränkt.

Aber auch wenn der Bankier bereits Eigentümer der Papiere geworden ist, besteht doch noch die Möglichkeit eines Aussonderungsrechts. Es ist in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, ob die Papiere dem Bankier nicht etwa zu getreuen Händen übereignet sind; dann ist der Treugeber im Konkurs des Treuhänders zur Aussonderung berechtigt [107]).

---

[105]) v. Werthern, S. 22, Petzke, S. 23, Bansa, S. 29, Müller, S. 25, Lampe, S. 27.

[106]) Ascher, S. 9, Beyer, S. 29, Breit BA. 25, S. 423.

[107]) Jäger, Neuerungen S. 24, Petzke, S. 25, Schumann, S. 19.

Papiere sind an den Zentralbankier weitergegeben und liegen noch unveräußert dort.

Hat der Lokalbankier die Papiere im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits an den Zentralbankier weitergegeben und liegen sie noch unveräußert bei diesem, so ist nach wie vor der Kunde Eigentümer der Papiere geblieben. Der Lokalbankier hat die Papiere nur zum Zwecke des Verkaufs übersandt, der Zentralbankier ist bis zum Verkauf lediglich Verwahrer. Nach § 8 Dep.-Ges. hat der Lokalbankier mitzuteilen, daß die Papiere fremde sind. Der Kunde kann als Eigentümer nach § 985 BG. vom Zentralbankier direkt die Herausgabe der Papiere verlangen [108]). Er muß dabei allerdings etwaige Pfandrechte, die der Zentralbankier auf Grund des § 366 HGB. gutgläubig erworben hat, gegen sich gelten lassen. Da diese aber durch die Fremdanzeige nach § 8 Abs. 2 Dep.Ges auf konnexe Forderungen beschränkt sind, die bei der Verkaufskommission gewöhnlich nur in beschränktem Umfang entstehen, ist die daraus für den Kunden erwachsende Gefahr nicht sehr groß. Er kann gegen Erfüllung der Ansprüche des Zentralbankiers, wegen deren das Pfandrecht entstanden ist, die Herausgabe der Papiere verlangen. Der Kunde ist nach §§ 1249, 1257 BGB. zur Leistung an den Zentralbankier berechtigt und erwirbt nach § 268 Abs. 3 BGB. kraft Gesetzes die Forderung des Zentralbankiers gegen den Lokalbankier mit allen dem Zentralbankier außer dem genannten Pfandrecht etwa sonst noch zustehenden Sicherheiten [109]). Bestehen keine weiteren Sicherheiten, so ist der Kunde mit seinem Regreßanspruch eben auf eine gewöhnliche Konkursforderung angewiesen.

Das Aussonderungsrecht wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß der Zentralbankier den Kommissionsauftrag bereits ausgeführt hat, insofern die Papiere noch nicht an einen Dritten veräußert sind [110]).

Der Zentralbankier hat die Papiere veräußert.

Mit der Veräußerung der Papiere durch den Zentralbankier ist das Aussonderungsrecht des Kunden untergegangen. Seine Stellung hängt nunmehr von dem Schicksal der Gegenleistung ab.

Hat der Zentralbankier bei Konkurseröffnung den Erlös noch nicht an den Lokalbankier geleistet, so kann der Kunde nach § 392 HGB. den Anspruch auf die Gegenleistung aussondern, indem er Abtretung des Anspruchs verlangt. Das Recht der Ersatzaussonderung nach § 46 KO. besteht hier nicht, da die Veräußerung nicht durch den Gemeinschuldner erfolgt, sondern durch den Zentralbankier.

Die regelmäßig erfolgende Gutschrift auf Konto-Korrentkonto dürfte jedoch noch nicht als Einziehung anzusehen sein, die Aussonderung ist trotz des im Konto-Korrentvertrag enthaltenen Abtretungsverbotes zulässig. Wie

[108]) Riesser, S. 234.
[109]) Enneccerus § 245 III, 2.
[110]) Jäger § 43 Anm. 51, Sacks, S. 29, v. Werthern, S. 29.

wir oben gesehen haben, bezieht sich die Schutzwirkung des § 8 Dep.Ges. nur auf Rechte an den Papieren, nicht dagegen auf solche am Erlös. Gegen den Anspruch des Lokalbankiers auf den Erlös kann der Zentralbankier, soweit es nach den allgemeinen Grundsätzen möglich ist, aufrechnen. Das stellt § 399 HGB. ausdrücklich fest[111]). Der Kunde kann also die Forderung in Wirklichkeit nur in dem Umfang aussondern, als sie der Lokalbankier selbst geltend machen kann. also lediglich in Höhe des sich etwa zu dessen Gunsten ergebenden Saldos. Nun leuchtet es aber ohne weiteres ein, daß ein Bankier, der in Konkurs fällt, zu diesem Zeitpunkt schwerlich noch über erhebliche Guthaben verfügen wird, sodaß der Kunde, der hier auf das Recht des § 392 angewiesen ist, in der Regel leer ausgehen wird.

Hat der Lokalbankier den Kaufpreis vor Konkurseröffnung eingezogen, so ist damit das Aussonderungsrecht des Kunden untergegangen, er ist lediglich auf eine gewöhnliche Konkursforderung angewiesen. In der Regel wird der Bankier Eigentümer des eingegangenen Geldes.

Zahlt der Zentralbankier den Kaufpreis nach Konkurseröffnung an den Lokalbankier, so kann der Kunde den Kaufpreis im Wege der Ersatzaussonderung nach § 46 KO. für sich in Anspruch nehmen, sofern er noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. Bei Geld ist das aber meistens nicht der Fall, dann hat er einen Masseanspruch nach § 59 Z. 3 KO. wegen rechtloser Bereicherung der Masse[112]).

Ausführung der Verkaufskommission durch Selbsteintritt des Lokalbankiers.

Hat der Lokalbankier auf Grund des § 400 HGB. oder auf Grund einer Vereinbarung vor Konkurseröffnung den Selbsteintritt erklärt, so geht das Eigentum an den Papieren, die er bereits in Händen hat, mit Zugang der Ausführungsanzeige beim Kunden auf ihn über. Der Eigentumsübergang vollzieht sich gemäß § 929 S. 2 BGB., das Einverständnis des Kunden wird stets im Verkaufsauftrag enthalten sein[113]).

Der Bankier steht dann dem Kunden als Käufer gegenüber, der Kunde kann seine Kaufpreisforderung nur als gewöhnliche Konkursforderung anmelden und hat keinerlei Aussonderungsrechte mehr. Veräußert der Bankier die Papiere weiter, so hat der Kunde am Erlös keinerlei Rechte, denn dieses Geschäft ist ja ein völlig eigenes des Bankiers, das er nicht als Kommissionär abgeschlossen hat. § 392 HGB. ist nicht anwendbar.

Befinden sich jedoch die Papiere noch nicht im Besitz des Bankiers, dann ist die Stellung des Kunden eine sehr viel günstigere. Solange er die Papiere

---

[111]) Jäger § 43, Anm. 48, Düringer-Hachenburg, S. 714 Anm. 48, Petzke, S. 29, Riesser, S. 235. a. M. Neukamp, Holdheims Mon.-Schr. 7/139.

[112]) Jäger § 43 Anm. 51, Mentzel, 227, Petzke, S. 41.

[113]) Riesser, S. 206, Mentzel, S. 227, Breit C.V.Komm. S. 411 Anm. 70, v. Werthern, S. 97.

dem Zentralbankier noch nicht übereignet hat, hat er auch den Kommissionsvertrag, der nicht auf Ausführung der Kommission, sondern auch auf Abwicklung geht, noch nicht vollständig erfüllt. Es greift § 17 KO. Platz. Verlangt der Konkursverwalter Erfüllung, also Lieferung der Papiere, so muß der Kunde zwar diesem Verlangen nachkommen, kann aber seine Kaufpreisforderung als Masseanspruch nach § 59 Ziff. 2 KO. geltend machen [114]).

Eigenhandel.

Bei den im Eigenhandel ausgeführten Effektenveräußerungsgeschäften ist die Stellung des Kunden die gleiche wie bei der durch Selbsteintritt ausgeführten Verkaufskommission. Der Kunde und der Lokalbankier stehen sich hier als Verkäufer und Käufer gegenüber. Das Aussonderungsrecht des Kunden erlischt mit dem Untergang seines Eigentums an den Papieren. Der Kunde hat auch auf den vom Lokalbankier bei der Weiterveräußerung erzielten Erlös keinen Anspruch, § 392 HGB. ist hier ebenfalls nicht anwendbar.

§ 20.

2. Einkaufskommission.

Ausführung durch Weitergabe des Auftrags.

Mit besonderer Sorgfalt hat das Depotgesetz sich der Einkaufskommission angenommen. Die Stellung des Kunden hängt auch hier ganz wesentlich davon ab, wie weit die Ausführung des Kommissionsauftrags im Augenblick der Konkurseröffnung fortgeschritten ist. Der Kunde erteilt den Auftrag, bezahlt den Kaufpreis; der Bankier gibt den Auftrag an den Zentralbankier weiter, dieser führt ihn aus, erwirbt das Eigentum an den gekauften Papieren, überträgt dieses auf den Lokalbankier und dieser endlich auf den Kunden. In jeder dieser Stationen ist die Stellung des Kunden wieder eine andere. Aus diesen Gründen ist es ganz besonders hier erforderlich, die Abwicklung der Einkaufskommission im einzelnen zu verfolgen und in jedem Stadium einen Querschnitt durch die Rechtslage für den Konkursfall vorzunehmen.

Der Kommissionsvertrag ist noch nicht ausgeführt.

Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommissionärs, d. h. hier des Lokalbankiers, wird das Kommissionsverhältnis in seinem Bestand zunächst nicht berührt, dieses wird nicht von rechtswegen aufgehoben. Die Einwirkung des Konkurses auf den Bestand von Kommissionsverträgen ist in § 23 Abs. 1 KO. geregelt. Danach erlischt ein von dem Gemeinschuldner erteilter Auftrag durch die Eröffnung des Konkursverfahrens, soweit er sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht, darunter fällt auch der Kommissionsauftrag. Demnach erlischt das Kommissionsverhältnis zwar im Konkurs des Kommittenten, für den Konkurs des Kom-

[114]) Jäger KO. § 43 Anm. 52, von Werthern, S. 90 u. ffe.

missionärs fehlt aber in der Konkursordnung eine entsprechende Vorschrift. Die Wirkung der Konkurseröffnung muß daher nach den allgemeinen Vorschriften beurteilt werden. Der Kommissionsvertrag wird teils als Dienstvertrag und teils als Werkvertrag angesehen. Für die Entscheidung der vorliegenden Frage ist es aber unerheblich, welcher Ansicht man sich anschließt, denn in beiden Fällen hat der Besteller bzw. Auftraggeber ein sofortiges Kündigungsrecht. Beim Werkvertrag hat er es jederzeit gemäß § 649 BGB. und beim Dienstvertrag gemäß §§ 626 u. 627 BGB., da die Konkurseröffnung bei einem derartigen Verhältnis zweifellos als wichtiger Grund anzusehen ist [115]).

Schmidt-Rimpler ist der Ansicht, man müsse den Kommissionsvertrag dahin ergänzen, daß das Verhältnis mit Konkurseröffnung beendigt sein soll, weil die Eignung des Konkursverwalters zur Ausführung der Kommissionsaufträge nicht gewährleistet sei, ein Kündigungsrecht genüge nicht, weil die Sachlage eine Beendigung typischerweise billig erscheinen lasse. Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da man nicht als Regelfall annehmen kann, daß vom Gericht ein ungeeigneter Konkursverwalter bestellt wird, und auch die durch Handlungen eines ungeeigneten Konkursverwalters dem Kunden etwa erwachsenden Schadensersatzansprüche Masseforderungen wären.

Kündigt der Kunde den Kommissionsvertrag nicht, dann hat der Konkursverwalter das Wahlrecht nach § 17 KO., ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht [116]). Der Kunde kann sich also auf einfache Weise von dem Kommissionsverhältnis befreien. Wichtig kann für ihn in dieser Lage nur das Schicksal eines etwa bereits bezahlten Kaufpreises werden. Das von ihm bezahlte Geld ist Eigentum des Lokalbankiers geworden, der Kunde hat lediglich das sehr unsichere Vorrecht des §7 a Dep.Ges. Hat er nicht vollständig erfüllt oder sind zufällig keine Papiere oder Lieferungsansprüche gleicher Art in der Konkursmasse, so ist er auf eine gewöhnliche Konkursforderung angewiesen.

Der Zentralbankier hat den Auftrag ausgeführt, das Eigentum aber noch nicht auf den Lokalbankier übertragen.

Der Zentralbankier, der in eigenem Namen handelt, erwirbt die angeschafften Papiere zunächst für sich und wird Eigentümer. Der Lokalbankier hat ihm gegenüber nur einen obligatorischen Anspruch. Fällt der Lokalbankier nun in diesem Augenblick in Konkurs, so kann der Kunde den Lieferungsanspruch des Lokalbankiers gegenüber dem Zentralbankier nach § 392 Abs. 2 HGB. aussondern und nach erfolgter Abtretung die Übereignung der Papiere an sich selbst verlangen. Dabei muß er sich aber bekanntlich weitgehend Einwendungen entgegenhalten lassen, die der Zentralbankier gegenüber dem Lokalbankier hat. Vorausgesetzt, daß der Lokalbankier ordnungs-

---

[115]) Jäger § 23 Anm. 15, § 17 Anm. 3, Mentzel § 17 Anm. 1, Staub § 383 Anm. 27, RG. 110/123, a. M. Schmidt-Rimpler, S. 1061 u. ffe.

[116]) Jäger a.a.O., Mentzel a.a.O., Staub a.a.O., Düringer-Hachenburg § 383 Anm. 30.

mäßig Fremdanzeigen nach § 8 Dep.Ges. ersattet hat, erwirbt der Zentralbankier die genannten Rechte allerdings nur mit der Einschränkung des § 8 Abs. 1 Dep.Ges. Diese Einschränkung ist bei der Einkaufskommission nicht sehr erheblich, da hier konnexe Forderungen in voller Höhe des Wertes der Papiere möglich sind.

Außerdem hat der Kunde noch das Vorrecht des § 7 a Dep.Ges. Dieses hat er auch, soweit er durch die Aussonderung nicht befriedigt wurde.

Der Lokalbankier ist Eigentümer der Papiere geworden, hat diese aber noch nicht dem Kunden übereignet.

Wenn der Zentralbankier dem Lokalbankier auf irgend eine Weise das Eigentum an den Papieren verschafft hat, diese aber noch selbst im Besitz hat, so ist die Stellung des Kunden beinahe die gleiche wie in dem zuletzt beschriebenen Fall. Der Kunde hat ebenfalls die Rechte aus § 392 HGB. und § 7 a Dep.Ges., muß aber auch hier in bedeutendem Umfang Rechte des Zentralbankiers gegen sich gelten lassen. Die Möglichkeiten des Zentralbankiers sind hier sogar noch erweitert: er hat ein Kommissionärspfandrecht nach § 397 HGB., sowie das auf Grund der Geschäftsbedingungen vereinbarte allgemeine Pfandrecht, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht und das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB.

Befinden sich die Papiere nun im Besitz des Lokalbankiers, so ist die Stellung des Kunden noch unsicherer. Er hat vor Konkurseröffnung lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Lokalbankier auf Lieferung der Papiere. Mit Konkurseröffnung kommt für ihn das Vorrecht des § 7 a Dep.-Ges. zur Entstehung, er hat aber zu den vom Lokalbankier für ihn angeschafften Papiere keinerlei rechtlichen Beziehungen. Das Aussonderungsrecht des § 392 HGB. ist untergegangen. Der Kunde ist also in rechtlicher Beziehung besser gestellt, solange die Abwicklung der Kommission sich noch im Anfangsstadium befindet.

Der Kunde ist Eigentümer der Papiere geworden.

Liegen die Papiere noch im Depot des Zentralbankiers, so ist dieser Besitzmittler für den Kunden. Dem Eigentumsrecht des Kunden gehen dann immer noch die Pfand- und Zurückbehaltungsrechte des Zentralbankiers vor, die dieser im Rahmen des § 8 Dep.Ges. erworben hat. Der Kunde kann nun auf Grund des § 985 BGB. die Herausgabe der Papiere gegen Befriedigung des Zentralbankiers verlangen. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Lokalbankiers wird seine rechtliche Stellung nicht berührt, er hat aber, da die Papiere bereits in sein Eigentum übergegangen sind, nicht das Vorrecht des § 7 a Dep.Ges. Es ist nun sehr leicht möglich, daß der Kunde die Papiere dem Lokalbankier vollständig bezahlt hat und trotzdem schlechter gestellt ist, als er es wäre, wenn der Lokalbankier seiner Eigentumsverschaffungspflicht noch nicht nachgekommen wäre. Das ist der Fall, wenn

der Zentralbankier noch große Forderungen, die mit Bezug auf die betreffenden Papiere entstanden sind, gegen den Lokalbankier hat und zufällig in der Konkursmasse sich eine größere Anzahl gleichartiger Papiere befindet.

Ausführung der Einkaufskommission durch Selbsteintritt des Lokalbankiers.

Mit der Erklärung des Selbsteintritts erlangt der Lokalbankier dem Kunden gegenüber die rechtliche Stellung eines Verkäufers; von den Schutzbestimmungen des Dep.Ges. kommt nur § 7 a zur Anwendung. Vor Konkurseröffnung wird durch die §§ 3 und 7 Dep.Ges. angestrebt, dem Kunden das Eigentum möglichst schnell zu verschaffen. Dagegen besteht für den Lokalbankier keine Pflicht zur Fremdanzeige nach § 8 Dep.Ges. Der Kunde muß also, solange er noch nicht unmittelbarer Besitzer ist (auch wenn er schon Eigentümer ist), stets damit rechnen, daß seine Papiere für alle Forderungen des Zentralbankiers gegen den Lokalbankier in unbeschränkter Höhe durch Pfand- und Zurückbehaltungsrechte belastet sind. Er hat ferner nicht das Aussonderungsrecht des § 392 HGB.

Eigenhandel.

Wenn der Lokalbankier als Eigenhändler, also von vornherein als Verkäufer dem Kunden gegenübertritt, so fallen alle Bestimmungen des Dep.-Ges., die sich mit der Einkaufskommission befassen, und auch die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Kommission weg.

§ 21.

3. Weitergabe der Kundenpapiere zum Zwecke der Verwahrung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren.

Der Lokalbankier ist im Zweifel nicht berechtigt, die ihm zur Verwahrung gegebenen Papiere bei einem Dritten z. B. einem Zentralbankier zu hinterlegen, § 691 BGB. Die Banken lassen sich jedoch regelmäßig in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen (s. Anh. 1 Ziff. 9 Abs. 2) das Recht zusichern, die Papiere bei Dritten verwahren zu dürfen. Durch eine solche Weitergabe wird das Eigentum des Kunden nicht berührt. Der Lokalbankier ist verpflichtet, dem Dritten mitzuteilen, daß die Papiere fremde seien. Die im Rahmen des § 8 Abs. 2 Dep.Ges. möglicherweise entstehenden Rechte des Dritten bewegen sich bei der Weitergabe zur Verwahrung in engen Grenze, es kommen lediglich Verwahrungs- und Verwaltungsgebühren in Frage.

Bei der Weitergabe der Papiere zum Zwecke des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ist nach erfolgter Fremdanzeige die Stellung des Kunden die gleiche, wie bei der Weitergabe zur Verwahrung.

Solange der Umtausch noch nicht erfolgt ist, ist das ganz unbestritten. Zweifel sind jedoch entstanden bei der Frage nach dem Schicksal der neuen eingetauschten Papiere. Handelt der Lokalbankier nicht in eigenem Namen,

sondern im Namen des Kunden, so erwirbt der Kunde zweifellos unmittelbar das Eigentum an den eingetauschten Stücken.

Wenn der Lokalbankier in eigenem Namen handelt, kommt es auf die Art des Umtausches an. Der Umtausch kann derart erfolgen, daß lediglich die Urkunde durch eine andere gleichartige ersetzt wird, ohne daß das verbriefte Rechte verändert wird, oder so, daß nicht nur die Urkunde, sondern auch der Inhalt des Rechts geändert wird,, z. B. Umtausch von Aktien verschiedener Unternehmungen.

Im ersten Fall erwirbt der Kunde unmittelbar das Eigentum an den eingetauschten Stücken. Der Inhalt des Rechts wird nicht geändert, die in den alten und in den neuen Papieren verkörperten Forderungen sind die gleichen. Hier ist nach dem Willen der Beteiligten anzunehmen, daß der Kunde Gläubiger des verkörperten Rechts bleiben soll und damit auch Eigentümer der neuen Urkunden werden soll. Anders verhält es sich, wenn nicht vollkommen gleichartige Papiere eingetauscht werden, dann erfolgt nicht nur eine Ersetzung der Urkunden, sondern dann wird das alte Recht durch ein neues ersetzt und dieses neue Recht kann der Kunde nur nach den allgemeinen Grundsätzen durch Übereignung der Papiere erlangen [117]).

Riesser a. a. O. ist der Ansicht, daß ohne Unterschied in allen Fällen der Lokalbankier zunächst Eigentümer werde. Allein die beiden hier unterschiedenen Fälle dürfen nicht gleich behandelt werden, da die inneren Vorgänge jeweils ganz verschiedene sind. Entsprechend müßte man dann nach der Ansicht Riesser's bei der Kraftloserklärung eines Wertpapiers annehmen, daß der Gläubiger das alte Recht verliert und erst durch die Ausstellung und Aushändigung der neuen Urkunde wieder ein Recht erwerbe, was aber auch Riesser sicherlich nicht behaupten will.

VI. Schluß.

§ 22.

Die Ursache der geringen Wirkung der Schutzbestimmungen des Depot-Gesetzes.

Vorschlag zur Abhilfe.

Zusammenfassend kann zunächst festgestellt werden, daß die rechtliche Stellung des Kunden sehr unsicher und sehr vom Zufall abhängig ist. Das Gesetz versucht ihn auf verschiedene Weise zu schützen. Es hat einmal Schutzbestimmungen getroffen, die bereits vor Konkurseröffnung wirksam werden: die möglichst rasche Abwicklung der Kommission und Klarstellung der Eigentumsverhältnisse wird durch die unverzichtbare Pflicht zu beschleunigter Übersendung des Stückeverzeichnisses zu erreichen gesucht.

---

[117]) Staub Anh. zu § 424, Anm. 28, 135, RG. 33/108. a. M. Riesser, S. 194.

Nun hat das Dep.Ges. diese Pflicht aber nur dem Kommissionär auferlegt (§ 3 Dep.Ges.), und hat zu allem Überfluß dabei auf die §§ 383/406 HGB. verwiesen und auf die dort fixierten juristischen Begriffe. Sobald sich nun das Effektengeschäft in einem anderen Rahmen abwickelt, als in einem solchen, den das Handelsgesetzbuch unter Kommission versteht, dann fällt diese Pflicht zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses weg. Dem bestehenden dringenden wirtschaftlichen Bedürfnis nach Auffüllung dieser Lücke konnte das Reichsgericht erst auf dem Umweg über zweifelhafte juristische Konstruktionen Genüge tun (RG. BA. 29/409, RG. 106/303).

Das Depot-Gesetz will ferner die bei dem eigenartigen Kommissionsverhältnis „Lokalbankier-Zentralbankier" drohende Gefahr, daß Papiere des Kunden für Forderungen verhaftet werden, die nur zwischen den beiden Bankiers bestehen, einschränken und hat zu diesem Zweck dem Lokalbankier die Pflicht zur Fremdmitteilung nach § 8 Dep.Ges. auferlegt.

Die gesetzlichen Voraussetzungen dafür sind noch enger gefaßt als in § 3 Dep.Ges. Bei der Einkaufs- und Verkaufskommission besteht die Mitteilungspflicht ausdrücklich nur bei Weitergabe des Auftrags, während alle übrigen Ausführungsarten von Effektengeschäften, bei denen keine „Weitergabe" im juristischen Sinn erfolgt, von dieser Vorschrift nicht getroffen werden, insbesondere nicht die Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt. Auch hier hat sich die enge Grundlage des Gesetzes als unzureichend erwiesen, da die überwiegende Mehrzahl aller Effektgeschäfte nicht unter diese Schutzbestimmung fallen. Es ist kein Zufall, daß gerade ein Strafsenat des Reichsgerichts in einer neuesten Entscheidung diese engen Grenzen gesprengt hat, allerdings mit einer wenig glücklichen Begründung, die lediglich auf nicht genau bestimmte und bestimmbare Zwecke und Zusammenhänge abgestellt ist.

RGSt. 65/90 = BA. 30/276 geht davon aus, daß bei erklärtem Selbsteintritt der Lokalbankier von der Mitteilungspflicht des § 8 Dep.Ges. entbunden sei, verlangt aber trotzdem von dem Lokalbankier, er solle „dafür sorgen, daß die von ihm auf dem Weg über den Zentralbankier angeschafften Papiere dort auf dem Depotkonto B geführt werden, er dürfe sich also nur nicht der nach unbefangener Auffassung des Verkehrslebens e i g e n t l i c h dem Kunden gehörenden Papiere als Grundlage für den Kredit bedienen, den er beim Zentralbankier in Anspruch nimmt".

Auf Depot-Konto B werden aber sonst nur die vom Lokalbankier als „fremde" bezeichneten Papiere verbucht. Das Reichsgericht verlangt also zwar nicht die Fremdanzeige nach § 8 Dep.Ges., aber es verlangt die Herbeiführung des Erfolges den eine Fremdanzeige hätte. Nicht ganz mit Unrecht wirft B e r n s t e i n BA 30/278 dem Reichsgericht „Unklarheit über Unklarheit" vor. Das ist aber nur richtig, soweit es sich auf die unklare Begründung der Entscheidung bezieht, das Ergebnis ist jedenfalls sehr begrüßenswert.

Das Anwendungsgebiet der erst im Augenblick der Konkurseröffnung in Erscheinung tretenden Vorschrift des § 7 a Dep.Ges. wird ebenfalls durch den

handelsrechtlichen Kommissionsbegriff bestimmt und umfaßt deshalb ebenfalls alle auf andere Weise abgewickelten Effektengeschäfte nicht.

Der Gesetzgeber ging davon aus, daß es sich bei dem Effektenkommissionsgeschäft um eine Unterart des Kommissionsgeschäft überhaupt handle und beschränkte sich darauf, auf die Eigenart des Effektengeschäfts nur in einzelnen Sonderbestimmungen einzugehen. Auch in der Rechtsprechung wurde das Kundeneffektengeschäft lediglich als eine Erscheinungsform des Kommissionsvertrags behandelt. Die von Gesetz und Rechtsprechung peinlich genau durchgeführten und mit verschiedenen Rechtsfolgen ausgestatteten Unterscheidungen sind der Praxis fremd und wirken sich vielfach nur zum Nachteil des Kunden aus.

Die Effektenkommission hat sich zu einer typischen Vertragsart entwickelt, die mit der „Kommission" des HGB. vielfach nur noch den Namen gemeinsam hat, mögen auch einzelne Geschäfte mehr der Kommission im technischen Sinn und andere mehr dem Eigenhandel zuneigen.

Der klare Wortlaut des Depot-Gesetzes, das unzweideutig auf die Kommission im Sinn des HGB. hinweist, verbietet dessen direkte Anwendung auf die Effektenkommissionen, die nicht in der Form der allgemeinen handelsrechtlichen Kommission in Erscheinung treten[118]).

Ein wesentlicher Zweck des Dep.Ges. ist, wie es Ruth S. 15 ausdrückt „die mit der Rechtsordnung in Einklang stehende Benachteiligung des Kunden durch für ihn ungünstige, aber von ihm nicht klar erkannte Vereinbarungen mit der Bank, die ihn für den Fall des Konkurses seines Aussonderungsrechts berauben, zu vermeiden". Dieses Bedürfnis besteht nicht nur bei dem eigentlichen Kommissionsgeschäft sondern noch vielmehr bei dem juristisch nicht scharf erfaßbaren modernen Effektengeschäft. Die wirtschaftlichen Vorgänge und Interessen sind hier genau die gleichen.

Ruth S. 20 und ff. geht von der Tatsache aus, daß die Pflicht zur Übersendung des Stückeverzeichnisses nach dem Wortlaut des § 3 Dep.Ges. beim Eigenhandel nicht besteht und verlangt analoge Anwendung des § 3. Faßt man nun aber noch die Mitteilungspflicht des § 8, das Vorrecht des § 7a und das Aussonderungsrecht des § 392 HGB. ins Auge, so zeigt sich, daß auch die von ihm vorgeschlagene erweiterte Anwendung des Dep.Ges. nicht zu einem genügenden Schutz des Kunden ausreicht, weil dadurch die dem Kunden eines Lokalbankiers drohenden besonderen Gefahren nicht beseitigt werden. Die von Ruth ausgeführten Gründe für eine analoge Anwendung auf den Eigenhandel treffen in erhöhtem Maße auch für die analoge Anwendung auf die durch Selbsteintritt ausgeführte Kommission zu. Das Dep.-Ges. will nicht nur in § 3 eine rasche Abwicklung und Klarstellung der Eigentumsverhältnisse bewirken, sondern auch in § 8 erreichen, daß der Kunde des Lokalbankiers sein Eigentum unbelastet bekommt und erhält.

Man muß daher die „Effektenkommission" als Vertrag sui generis ansehen, auf den die im Dep.Ges für den nur in der Form der handelsrechtlichen

[118]) Vgl. dazu Breit, Das Kundeneffektengeschäft LZ. I, S. 858 u. ff.

Kommission sich abspielenden Effektenhandel vorgesehenen Schutzvorschriften ohne Unterscheidung von Selbsteintritt und Eigenhandel analog anzuwenden sind.

Ruth S. 21 u. ff. verlangt diese analoge Anwendung nur auf die Fälle, in denen aus dem Kommissionsgeschäft ein eigentliches Depot entsteht und sagt, §§ 3 u. ff. sollten nur dem Depotschutz dienen. Das ist aber meines Erachtens zu eng und auch praktisch gar nicht durchführbar. Vielfach wird sich erst im Lauf der Zeit herausstellen, ob der Kunde seine Papiere im Depot belassen will; und aus dem nachherigen Erfolg auf frühere Pflichten und Rechte der Bank zu schließen, ist nicht angängig, außerdem ist auch nicht einzusehen, warum derjenige Kunde schlechter gestellt sein soll, der die Papiere nur kurze Zeit der Bank anvertraut oder gar nicht ,als derjenige, der sie der Bank dauernd zur Verwahrung überlassen will.

Unter dem hier aufgezeigten allgemeinen Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller Kundeneffektengeschäfte kann die Rechtsprechung zu befriedigenden Ergebnissen kommen. Die in verschiedenen Entscheidungen des Reichsgericht gezeigten Ansätze lassen hoffen, daß im Lauf der Zeit ein allgemeiner Grundgedanke für die erweiterte Anwendung des Depotgesetzes gefunden wird, sodaß diese nicht von zweifelhaften kasuistischen wirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängig ist. Damit wäre auch der Mangel des Depotgesetzes in seinem Ursprung beseitigt, der in der zu engen Fassung des Gesetzes liegt.

Anlage 1.

Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen Bank & Diskonto-Gesellschaft. (Auszugsweise.)

9. Die Bank haftet den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend für sichere und getreue Aufbewahrung der für ihre Kontoinhaber eingelieferten Wertpapiere, sie werden für die einzelnen Kontoinhaber gesondert aufbewahrt, soweit nicht Sammelverwahrung vereinbart ist. Über die in Verwahrung genommenen Wertpapiere werden einfache Quittungen oder briefliche Empfangsanzeigen erteilt.

Die Bank darf Wertpapiere unter ihrem Namen an auswärtigen Plätzen und bei Dritten aufbewahren. Im Falle der Aufbewahrung bei einem Dritten haftet die Bank nur für sorgfältige Auswahl der Verwahrers. Soweit am Verwahrungsplatze Sammeldepots bei einer Effektengirobank eingerichtet sind, die Wertpapiere sich zur Sammelverwahrung eignen und der Kontoinhaber sich einverstanden erklärt hat, werden die Wertpapiere in Sammeldepots verwahrt. Wertpapiere, welche die Bank für den Kontoinhaber angeschafft oder ihm als Eigenhändler verkauft hat, darf sie mangels anderer Weisung in Sammeldepot nehmen. Bei der Sammelverwahrung steht die Bank dem Kontoinhaber auch für die Erfüllung der Verwahrerpflichten ihrer Sammeldepotstelle ein und zwar auch insoweit, als diese für ihre Effektengirokonten zum Zwecke des Effektenferngiroverkehrs Sammeldepotkonten bei anderen deutschen Effektengirobanken unterhält.

Soweit die Bank verpflichtet ist, Stückeverzeichnisse zu übersenden, behält sie sich das Recht vor, anstelle der Übersendung der Stückeverzeichnisse dem Kontoinhaber die Wertpapiere herauszugeben, oder den Herausgabeanspruch an die zur Verwahrung der Stücke bestimmte dritte Stelle abzutreten.

Eine Prüfung, ob Wertpapiere durch Aufgebote, Zahlungssperren, Oppositionen und dgl. getroffen werden, erfolgt nur bei ihrer Einlieferung an Hand der von der Bank des Berliner Kassen-Vereins herausgegebenen Sammelliste.

Bogen ohne Mäntel sowie zu verwahrende fremde Geldsorten werden unter Ablehnung der Verantwortung für jede Art von Verwaltungstätigkeit entgegengenommen, Sparkassenbücher, Hypothekenbriefe, Depotscheine der preußischen Staatsbank (Seehandlung) und anderer Institute Versicherungspolicen, Wechsel und sonstige Urkunden grundsätzlich nur zur Verwahrung. Sind mit dem Besitz von Aktien, die der Bank zur Verwahrung übergeben sind, Gründerrechte verbunden, so übernimmt die Bank keine Verantwortung für die Erhaltung und Verwertung dieser Rechte.

12. Wertstücke, insbesondere Wertpapiere (auch Sammeldepotanteile), Wechsel und Schecks, Transportpapiere, Sorten, Zins- und Gewinnanteilscheine, Waren und Forderungen, welche aus irgend einem Anlaß in den un-

mittelbaren oder mittelbaren Besitz oder die — sei es rechtliche, sei es tatsächliche, — Verfügungsgewalt einer Niederlassung der Bank gelangt sind, dienen der Bank als Pfand zur Sicherheit für alle gegen den Kontoinhaber aus irgend einem Anlaß begründeten Ansprüche jeder Art, auch wenn diese befristet oder bedingt sind. Dagegen sind die im Ausland aufbewahrten ausländischen Wertpapiere, solange sie nicht deutsch versteuert sind, von jedem Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht ausgenommen.

Die Bank kann bei Verzug des Schuldners, ohne daß es einer vorangegangenen Androhung oder der Innehaltung einer Frist bedarf, den Pfandkauf jederzeit und an jedem ihr geeignet erscheinenden Ort vornehmen. §§ 1237 Satz 2, 1238 BGB. finden keine Anwendung. Der Kontoinhaber kann nicht nach § 1246 BGB. Abweichungen von der regelmäßigen Art des Pfandverkaufs verlangen.

Dieses Befriedigungsrecht steht der Bank sinngemäß auch hinsichtlich solcher Werte zu, die dem Kontoinhaber auf Sammeldepotkonto, Stückekonto oder in ähnlicher Form gutgeschrieben sind, sowie hinsichtlich der in ihren Besitz gelangten, mit einer ausgefüllten oder offenen Abtretung versehenen Kuxe.

Verpfändete Forderungen jeder Art, einschließlich der Grund- und Rentenschulden darf die Bank nach Beendigung der Geschäftsverbindung ohne Mitwirkung oder Zustimmung des Verpfänders kündigen oder einziehen.

13. Börsen-Aufträge müssen Gegenstand und Inhalt des Geschäfts zweifelsfrei erkennen lassen, auch den Nennwert der aufgegebenen Werte zahlenmäßig enthalten, Abänderungen, Bestätigungen oder Wiederholungen müssen als solche gekennzeichnet sein. Alle Folgen eines Verstoßes hiergegen trägt der Kontoinhaber. Aufträge für auswärtige Plätze gibt die Bank nach ihrem Ermessen fernmündlich oder telegraphisch weiter. Bei Aufträgen zu Verkäufen aus Depot darf die Bank behufs rechtzeitiger Erledigung ohne Prüfung davon ausgehen, daß das Depot die aufgegebenen Werte lieferbar enthält.

Alle börsenmäßigen Geschäfte der Bank mit ihren Geschäftsfreunden und für deren Rechnung unterliegen den jeweils geltenden Bedingungen für solche Geschäfte an der in- oder ausländischen Börse, an der die Geschäfte regelmäßig ausgeführt werden, sowie die Abmachungen der Bankenvereinigungen, und zwar auch dann, wenn die Bank die Geschäfte als Eigenhändler erledigt. Mangels besonderer Weisung wählt die Bank den Börsenplatz nach ihrem besten Ermessen. Kommissionsaufträge zum Kauf oder Verkauf von Wechseln, Schecks, Auszahlungen, fremden Geldsorten und solchen Wertpapieren, für die amtliche Preise festgestellt werden, führt die Bank durch Selbsteintritt aus. Bei Aufträgen zum Kauf und Verkauf amtlich nicht notierter oder zum Börsenhandel nicht zugelassener Wertpapiere tritt die Bank als Eigenhändler auf, sie behält sich aber vor, auch Aufträge zum kommissionsweisen An- und Verkauf solcher Werte als Eigenhändler zu erledigen.

Lebenslauf.

Ich, Rudolf Bilfinger, wurde am 20. Mai 1903 in Eschenbach OA. Göppingen als Sohn des Pfarrers Hermann Bilfinger geboren. Von 1913 bis 1921 besuchte ich das Karlsgymnasium und des Realgymnasium in Heilbronn. An dem letztgenannten bestand ich im Frühjahr 1921 die Reifeprüfung. Nach 4jähriger praktischer Tätigkeit als Bankbeamter und Kaufmann studierte ich seit Sommersemester 1925 Rechtswissenschaft in Tübingen und Berlin. Im Herbst 1929 erstand ich die württ. erste höhere Justizdienstprüfung und trat in den Vorbereitungsdienst ein, den ich in den Bezirken der Landgerichte Ulm und Stuttgart abgeleistet habe.

Herrn Professor Dr. Schönfeld danke ich für die Anregung zu dieser Arbeit herzlich.